

Pactum Online

Rivista telematica di diritto dei contratti

www.rivistapactum.it

Rivista semestrale

Luglio - Dicembre 2024

2

DIREZIONE SCIENTIFICA

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

ISSN 2785-552X


**Pacini
Giuridica**

Pactum Online

Direzione

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

Advisory Board

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

Comitato di Redazione

Silvia Bonetti; Valerio Brizzolari; Emilio Bufano (Responsabile); Matteo De Pamphilis; Alessandro Dinisi; Francesco Ferrara; Giovanni Gandino; Gloria Giorgi; Roberta Guainella; Davide Maria Locatello; Martina Marano; Donato Maria Matera; Giorgio Mattarella; Francesco Molinaro; Celeste Natoli; Luca Oliveri; 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; Luca Ballerini; Carlotta De Menech; Francesca Episcopo; Alfio Guido Grasso.

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

- FRANCESCA BENATTI, Forza maggiore e interesse del creditore: spunti dalla *UK Supreme Court* 3
- ELSA BIVONA, Euribor “manipolato” e ricadute sul contratto tra diritto antitrust e diritto contrattuale 9
- MAURO GRONDONA, La dimensione ermeneutica del contratto di Nicolò Lipari: tra testo e contesto – *in memoriam* (1934-2024) 27
- UGO SALANTRO, Mutuo e deposito cauzionale tra “restituzioni” e adempimenti (riflessioni critiche a margine di Cass. 12007/2024) 33

SEZIONE II - NOTE

OBBLIGAZIONI

Obbligazioni pecuniarie

- FEDERICA FERRERI, L’ambito di applicazione dei “super-interessi” previsti dall’art. 1284, comma 4, c.c.: l’occasione (parzialmente) persa dalle Sezioni Unite per fare chiarezza 38

Revocatoria ordinaria

- GIULIA NOVELLI, Quale dolo per la revoca di atti dispositivi anteriori all’insorgenza del credito? 48

RESPONSABILITÀ E RIMEDI

Azione di reintegrazione

- DENISE GUARNIERI, La tutela della legittima: reintegrazione in natura o in valore? 56

SINGOLI CONTRATTI

Compravendita

- LEONIDA GRAGNOLI, La formazione di un contratto di compravendita internazionale e l’inclusione di condizioni generali: il problema della cosiddetta *battle of forms* 67

Locazione

- MARCO RIZZUTI, Registrazione della locazione e patti modificativi 75

CONSUMO

Merito creditizio

- MARGHERITA ZAPPATORE, La valutazione del merito creditizio a tutela dell’interesse generale: oltre la relazione tra consumatore e intermediario 82

sezione I

COMMENTI

Forza maggiore e interesse del creditore: spunti dalla *UK Supreme Court**

di **FRANCESCA BENATTI**

Professoressa ordinaria di Diritto privato comparato
Università Cattolica del Sacro Cuore

SOMMARIO: 1. Il caso; – 2. L'interesse delle parti e la redazione della clausola di forza maggiore.

1. Il caso

Nel 2016 una impresa olandese, MUR (armatore), e una del Jersey, RTI (noleggiatore), avevano stipulato un accordo per il trasporto di bauxite da Conakry in Guinea a Dneprobugsky in Ucraina, tra il 1° luglio 2016 e il 30 giugno 2018. Era specificato che i pagamenti dovessero essere effettuati in dollari. Il contratto prevedeva, inoltre, la sospensione della prestazione qualora si fosse verificata una ipotesi di forza maggiore definita alla clausola 36.3 come un «evento o uno stato di cose che soddisfa tutti i seguenti criteri: (a) sia al di fuori dell'immediato controllo della Parte che ha inviato la notifica di forza maggiore; (b) impedisca o ritardi la prestazione nel porto di arrivo e in quello di partenza; (c) sia causata da uno o più atti di Dio, condizioni meteorologiche estreme, guerra, serrate, scioperi o altri disturbi del lavoro, esplosioni, incendi, invasioni, insurrezioni, blocchi, embargo, sommosse, inondazioni, terremoti, compresi tutti gli incidenti a moli, scaricatori e/o mulini, fabbriche, chiatte o macchinari, interruzione di ferrovie e canali a causa del ghiaccio o del gelo, norme o regolamenti governativi o interferenze o atti o direttive governative, costrizione di principi, restrizioni sui trasferimenti e sugli scambi monetari; (d) non possa essere superato con sforzi ragionevoli da parte della Parte interessata».

Nell'aprile 2018, il governo statunitense, a causa delle tensioni tra Russia e Ucraina, decideva di imporre sanzioni economiche a imprenditori e attività russe. Tra questi figurava O. D., azionista di maggioranza di RTI. Nonostante tale società non fosse espressamente menzionata nei documenti governativi, l'estensione delle sanzioni anche a tutte le realtà facenti capo ai soggetti segnalati rendeva impossibile proseguire i pagamenti in dollari come previsto dal contratto. Di fronte alla scelta di MUR di invocare la clausola di forza maggiore, RTI offriva di pagare in euro, sopportando gli eventuali costi derivanti dal cambio. Al rifiuto di MUR, avviava l'arbitrato.

Il Tribunale arbitrale si pronunciava a favore di RTI con questa motivazione: pur rappresentando le sanzioni una ipotesi di forza maggiore, MUR non poteva avvalersi della clausola in quanto l'evento avrebbe potuto essere superato con i ragionevoli sforzi ex 36.3.d senza presentare alcuno svantaggio «perché la loro banca nei Paesi Bassi

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.07.2024.

avrebbe potuto accreditare loro dei dollari USA non appena ricevuti gli euro. RTI non poteva ovviamente insistere sul diritto di effettuare i pagamenti in euro, perché i suoi obblighi di pagamento nel COA prevedevano il pagamento di dollari USA. Tuttavia, siamo convinti che si trattasse di un'alternativa del tutto realistica che MUR avrebbe potuto adottare senza alcun danno perché (i) RTI ha chiarito nella corrispondenza che si sarebbe fatta carico di qualsiasi costo aggiuntivo o perdita sul tasso di cambio per convertire gli euro in dollari USA e (ii) un certo numero di pagamenti sono stati effettivamente effettuati da RTI in euro e convertiti al momento della ricezione da parte della banca di MUR; non vi è alcuna prova che MUR abbia rifiutato tali pagamenti» (1).

La decisione veniva ribaltata dalla High Court (2). Contro questa sentenza era proposta da RTI impugnativa, che veniva accolta. La Court of Appeal argomenta muovendo dalla interpretazione dei termini «*state of affairs*» e «*overcome*» considerati «ampi e non tecnici» e sui rilievi che «la clausola 36 deve essere applicata in un modo di buon senso che raggiunga lo scopo alla base degli obblighi delle parti - in questo caso concernente obblighi di pagamento - che MUR riceva la corretta quantità di dollari USA sul suo conto bancario al momento giusto. Non vedo perché una soluzione che garantisca il raggiungimento di questo scopo non debba essere considerata come un superamento dello stato di cose risultante dall'imposizione di sanzioni. È un uso ordinario e accettabile del linguaggio dire che un problema o uno stato di cose è superato se le sue conseguenze negative sono completamente evitate» (3). È opportuno sottolineare come la Corte chiarisca che la decisione si fonda sul testo del contratto e, soprattutto, sull'assenza di qualsiasi pregiudizio per MUR (4).

Il caso giungeva davanti alla Corte Suprema, che inquadra diversamente la questione. Nella motivazione unanime è statuito, infatti, come sia necessario valutare ai fini della decisione se l'espressione «sforzi ragionevoli» possa includere l'accettazione di un'offerta di una prestazione non prevista dal contratto in assenza di un espresso riferimento testuale. Tale impostazione era già stata avanzata dalla High Court e da Lord Arnold nella opinione dissenziente nella sentenza della Corte d'Appello attraverso un esempio. In un contratto che richiede il trasporto di un bene verso il porto A, inutilizzabile a causa di uno sciopero, viene offerto alla parte che invoca la clausola 36 di modificare il tragitto attraccando in un altro luogo senza pregiudizi o costi aggiuntivi. Ci si interroga se si tratti di una variazione legittima che non è possibile rifiutare. Secondo Lord Arnold, la risposta dovrebbe essere negativa, perché costituirebbe una prestazione alternativa non indicata dal contratto.

La Corte Suprema accoglie la medesima soluzione (5). Innanzitutto, è messo in luce come la valutazione degli sforzi ragionevoli si concentri sulle misure che dovrebbero essere prese per garantire la continuazione o la ripresa dell'adempimento del contratto, in seguito ad un evento eccezionale ed imprevedibile. Non riguarda, invece, quelle che avrebbero potuto o dovuto essere adottate per assicurare alla controparte una prestazione diversa. Nel caso in esame pertanto l'impegno di RTI avrebbe dovuto consistere nel tentare di pagare a MUR il trasporto della bauxite senza ritardi in dollari. L'offerta di adempiere in euro non ha, secondo la Corte, un impatto causale rilevante in quanto non consente di superare l'impedimento e cioè il divieto di utilizzare quella valuta.

Inoltre, grande rilevanza è attribuita al principio di libertà contrattuale, che «include la libertà di non contrarre; e la libertà di non contrarre include la libertà di non accettare l'offerta di eseguire una prestazione non stabilita dal contratto» (6). Pertanto,

qualora i contraenti avessero voluto permettere anche tale evenienza, avrebbero dovuto introdurre nell'accordo una pattuizione specifica. Ad esempio, nella clausola 36.2 è previsto che successivamente a un evento di forza maggiore le «Parti si consulteranno in buona fede per apportare le modifiche più opportune al programma di spedizione». Analogamente avrebbe potuto prevedere che «negli sforzi ragionevoli vanno ricomprese anche prestazioni non contrattuali, purché non comportino per la parte che invoca la clausola costi o oneri aggiuntivi». Oppure avrebbero potuto individuare un metodo come la rinegoziazione per superare l'impedimento. In assenza di tali disposizioni, non è possibile chiedere ad una parte di rinunciare all'obbligazione contrattuale fondamentale. Come sottolineato in una decisione a cui la Corte si richiama «non è una questione tra gli attori e i convenuti su ciò che è ragionevole o irragionevole, è una questione di contratto tra le parti» (7).

Infine, sono privilegiate le esigenze di certezza nella pratica degli affari. Mentre la posizione di MUR è ritenuta chiara e lineare, quella di RTI dipende da una valutazione soggettiva. È necessario, infatti, verificare se la prestazione alternativa (i) non comporti alcun danno o pregiudizio per la parte che chiede di invocare la clausola di forza maggiore e (ii) raggiunga lo stesso risultato dell'adempimento dell'obbligo contrattuale in questione.

Il primo aspetto non è di facile determinazione. Non è sufficiente, infatti, una valutazione esclusivamente oggettiva, ma devono essere considerati elementi soggettivi. L'ostacolo maggiore risiede, però, nella stessa nozione di «*detriment*»: qualsiasi pregiudizio, anche minimo, giustifica il rifiuto di accettare la prestazione alternativa? Deve trattarsi di un costo aggiuntivo o basta un minor vantaggio?

Ancora più complessa è l'analisi del secondo profilo. Non è sempre agevole individuare quale sia il risultato atteso dal contratto, e neppure se ve ne è uno solo. Spesso, infatti, gli accordi perseguono obiettivi diversi attraverso differenti pattuizioni. Tuttavia, anche qualora fosse possibile determinare con relativa sicurezza l'interesse delle parti, rimarrebbero dubbi riguardo alla eventualità che la prestazione alternativa raggiunga il medesimo risultato. Secondo la Corte, non è chiaro se sia necessaria la totale corrispondenza, o più probabilmente, una prossimità e quali debbano essere i limiti. Si tratta di una questione di gradi che può essere intesa in modo differente dai giudici.

È riconosciuto come il riferimento testuale a sforzi ragionevoli implichi dei margini di discrezionalità e anche una lettura attenta al contesto. La prospettazione offerta da MUR ha, però, il grande merito di ridurre l'incertezza. Al verificarsi di un evento di forza maggiore, qualora la parte contro cui è invocata la clausola non possa adempiere a quella prestazione specifica, il contratto si sospende e/o risolve. Ciò è coerente con la funzione di queste pattuizioni che servono a limitare i rischi e velocizzare le reazioni a fatti eccezionali. Non sarebbe efficiente che un contraente per avvalersi della clausola debba svolgere una attenta e complessa analisi. In tal caso non l'avrebbe probabilmente neppure inserita.

La considerazione emerge nell'esame della vicinanza, sollevata da RTI, di questa ipotesi con quelle di *frustration* originate dalla chiusura del canale di Suez. La Corte sottolinea, infatti, come la scelta di prevedere una clausola di forza maggiore sia dovuta anche alla volontà di evitare l'applicazione di tale teoria. Inoltre, anche questi casi dimostrerebbero come l'analisi debba vertere sulla individuazione precisa della prestazione contrattuale come risulta dal testo del contratto. In Eugenia (8), infatti, non era stata riconosciuta la *frustration* perché, in base al tenore letterale dell'accordo non

vi era l'obbligo di passare per il canale di Suez, ma solo quello di percorrere la tratta abituale al momento dell'esecuzione della prestazione. Pertanto, anche una più lunga o complessa poteva essere considerata ammissibile. Se le parti, dunque, avessero voluto una maggiore flessibilità avrebbero potuto stabilire l'obbligo di pagare «in dollari o altra valuta corrente», «come previsto dalla pratica degli affari».

2. L'interesse delle parti e la redazione della clausola di forza maggiore

La decisione adottata dalla Corte Suprema inglese può essere esaminata da due differenti prospettive. Innanzitutto, sembra plausibile ritenere che nell'ordinamento italiano la giurisprudenza avrebbe aderito alla soluzione adottata dal Tribunale arbitrale e dalla Corte d' Appello per la sostanziale equivalenza tra la prestazione contrattuale pattuita e quella alternativa offerta. La proposta di RTI di pagare i costi di cambio avrebbe, infatti, coperto i possibili disagi derivanti dalla diversa valuta, garantendo il soddisfacimento dell'interesse di MUR. Si tratta di una espressione del principio di buona fede, che impone la cooperazione tra le parti.

Benché, dunque, il risultato raggiunto dalla Corte Suprema sia troppo rigoroso, influiscono da un lato il testualismo nell'interpretazione tipico di questo ordinamento giuridico, e dall'altro l'esigenza di fissare un principio chiaro che possa essere applicato in tutti i casi concreti. Si vogliono, infatti, evitare decisioni soggettive e arbitrarie che dipendono dalla percezione di ogni giudice sull'alternativa migliore nella situazione specifica. Inoltre, emerge una sfiducia per soluzioni creative, che non possono essere giustificate alla luce del programma contrattuale pattuito. È evidente come venga considerato inefficiente affidare ad un terzo non esperto della pratica degli affari l'individuazione delle strategie commerciali e imprenditoriali migliori. Va, infatti, rilevata la difficoltà di effettuare certe scelte anche per parti sofisticate, soprattutto durante eventi eccezionali quali quelli di forza maggiore, nei quali molti elementi sono sconosciuti o incerti ed è necessario agire con rapidità.

Si nota quindi la distinzione tra l'ordinamento italiano - che tende alla ricerca di soluzioni apparentemente eque o di bilanciamento e compensazione dei contrastanti interessi, che spesso non sono tali - e quello inglese, che privilegia la certezza non sempre «giusta», nella consapevolezza della impossibilità di sostituirsi alle parti nella valutazione dei loro interessi.

In secondo luogo, la decisione rappresenta una indicazione utile per le parti nella redazione dei contratti ⁽⁹⁾. Come ha osservato una dottrina autorevole, l'introduzione di clausole di «*best efforts*», «*reasonable endeavours*», «*due diligence*» deve essere valutata con attenzione nella consapevolezza che nessuna formula garantisce una piena certezza ⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, i contraenti possono limitare il rischio, delineando con precisione la pattuizione in base alle caratteristiche dell'operazione economica e agli interessi concretamente perseguiti:

a) può essere graduata la misura degli sforzi. Come ha correttamente notato Farnsworth, in assenza di una previsione specifica si applica negli ordinamenti che lo riconoscono il principio di buona fede ⁽¹¹⁾ meno rigoroso della clausola dei «*reasonable or best efforts*»: il primo è generale, la seconda vincola solo coloro che la accettano ⁽¹²⁾. Diverso è anche optare per «*best endeavours*» rispetto a «*reasonable endeavours*». Nel

primo caso ⁽¹³⁾ è richiesto il massimo impegno per adempiere, massimizzando i benefici per l'altra parte, mentre nel secondo è sufficiente uno normale. La giurisprudenza ha, infatti, affermato che «We think 'best endeavours' means what the words say; they do not mean that the limits of reason must be overstepped with regard to the cost of the service» and then the debtor must «broadly speaking, leave no stone unturned» ⁽¹⁴⁾. Qualora siano, invece, previsti «*reasonable endeavours*», la parte ha il diritto di valutare la situazione, compresa la possibilità di successo e i suoi interessi, prima di intraprendere una determinata azione ⁽¹⁵⁾;

b) può essere specificata la natura degli sforzi attraverso richiami alla pratica consolidata o alla diligenza specifica in quell'attività economica o professionale, che assicurano maggiore chiarezza, delimitando l'impegno richiesto a quello considerato ragionevole dagli esperti del settore ⁽¹⁶⁾;

c) possono essere elencate le azioni e le misure che devono essere intraprese, seppure non esaustivamente. Può anche semplicemente essere indicata la volontà di esplorare soluzioni alternative quali «*other avenues of performance*» o «*ensure equivalent performance*»;

d) può essere stabilita una procedura simile alla rinegoziazione per individuare una soluzione condivisa. Spesso, la previsione è accompagnata dal dovere di informare subito la controparte delle difficoltà sorte e degli ostacoli incontrati per permettere di decidere congiuntamente le misure da esplorare.

Va constatato che le clausole di forza maggiore sono generalmente interpretate in senso restrittivo soprattutto nella giurisprudenza arbitrale, che spesso è anche diffidente nel modificare termini contrattuali senza una base testuale.

La decisione in MUR v. RTI era molto attesa nella pratica internazionale: in un momento di instabilità globale, chiarimenti sulla misura degli sforzi richiesti e più in generale sui comportamenti dovuti in situazioni di forza maggiore apparivano necessari. Secondo la dottrina, peraltro, è probabile che la giurisprudenza sarà chiamata a pronunciarsi su altri profili non emersi nel caso in esame. Confermando la perdurante rilevanza del testo, la Corte Suprema ha ricordato alle parti e ai loro avvocati l'importanza di valutare con attenzione, nella redazione, gli scopi dell'accordo e quali strumenti possono rafforzarli, i possibili rischi e le tutele, l'allocazione del potere contrattuale, le conseguenze di un evento, i rimedi opportuni. In ogni caso, la giurisprudenza nelle ipotesi di forza maggiore deve considerare non solo gli sforzi del debitore, ma anche l'effettivo interesse del creditore. Ciò appare fondamentale in un momento nel quale il giudizio di impossibilità diviene relativo e concreto ⁽¹⁷⁾, sfumando in quello di impraticabilità.

⁽¹⁾ Come riportato in [2022] EWHC 467 (Comm).

⁽²⁾ [2022] EWHC 467 (Comm), cit.

⁽³⁾ [2023] 1 All ER (Comm) 501.

⁽⁴⁾ V. la critica di HOLLAND, *Is a party required to accept non-contractual performance during a force majeure event?*, in *New Zealand Arbitration Centre*, 2023, 19.

⁽⁵⁾ [2024] UKSC 18. Dura è la critica al Tribunale arbitrale che avrebbe deciso la questione centrale in due paragrafi senza riferirsi alla giurisprudenza.

⁽⁶⁾ *Ivi*, 42.

(7) *Ivi*, 63.

(8) *The Eugenia* [1964] 2 QB 226.

(9) V. in generale KONARSKI, *Force majeure and hardship clauses in international contractual practice*, in *Int'l Bus. LJ*, 4, 2003, 405.

(10) FONTAINE, «*Best Efforts*», «*Reasonable Care*», «*Due Diligence*» and *Industry Standards in International Agreements*, in *Int'l Bus. LJ*, 8, 1988, 983.

(11) Nell'ordinamento Italiano, sull'operatività della buona nelle ipotesi di impossibilità della prestazione v., ampiamente e con riferimenti storici, MENGONI, *Responsabilità contrattuale*, in *Scritti* a cura di Castronovo, Albanese e Nicolussi, II, Giuffrè, 2011, 330 ss.; F. GAMBINO, *Il rapporto obbligatorio*, Utet, 2023, 223.

(12) FARNSWORTH, *On Trying to Keep One's Promises: The Duty of Best Efforts in Contract Law*, in *U. Pitt. L. Rev.*, 46, 1984, 1.

(13) È possibile equiparare la clausola di *best endeavours* a quella di *all reasonable endeavours*.

(14) *Sheffield District Railway v Great Central Railway* (1911) 27 T.L.R. 451.

(15) *Rhodia International Holdings Ltd v Hunstman International LLC* [2007] 2 Lloyd's Rep 325.

(16) CHAPPUIS, *Provisions for Best Efforts, Reasonable Care, Due Diligence, and Standard Practice in International Contracts*, in *Int'l Bus. LJ*, 2, 2002, 281.

(17) F. GAMBINO, *op. cit.*, *passim*.

Euribor «manipolato» e ricadute sul contratto tra diritto antitrust e diritto contrattuale*

di ELSA BIVONA

Professoressa ordinaria di Diritto privato
Università degli Studi di Catania

SOMMARIO: 1. Le questioni; – 2. Il tentativo di fondare la nullità dei contratti a valle nel diritto antitrust: sulla vis expansiva dell'art. 2, l. n. 287/1990; – 3. I contratti indicizzati all'Euribor manipolato nel diritto contrattuale: la nullità parziale originaria o sopravvenuta nelle argomentazioni della Cassazione. Alcune osservazioni critiche; – 4. Euribor alterato tra annullabilità per errore ed impossibilità sopravvenuta parziale: rettifica del contratto annullabile e «prestazione parziale» nella logica delle «rebalancing rules»; – 5. Le metamorfosi della nullità: nullità «funzionali» e adattamento del contratto in senso «equitativo». Il primato del rimedio risarcitorio?

1. Le questioni

La Cassazione si pronuncia sulla sorte dei contratti di finanziamento a tasso variabile indicizzati all'Euribor alterato dal cartello che la Commissione europea ha sanzionato per violazione dell'art. 101, TFUE (1). Le questioni principali affrontate dal Collegio investono nodi problematici sui quali da tempo, e su terreni sempre diversi, si misurano giudici e studiosi: a) se dei contratti «a valle», in sé leciti nella causa e nell'oggetto, possa predicarsi la nullità pure di fronte ad una regola che espressamente commina tale sanzione per le sole intese anticoncorrenziali: una nullità «derivata», allora, il cui fondamento sarebbe da ricercarsi in un'interpretazione estensiva delle disposizioni *antitrust* che, alla luce del principio di effettività, legittimi la propagazione della sanzione ai contratti che utilizzino l'Euribor manipolato; b) se in ogni caso, secondo le regole generali, la validità di tali contratti possa dirsi inficiata dal recepimento nel loro contenuto degli indici alterati dal cartello (2).

2. Il tentativo di fondare la nullità dei contratti a valle nel diritto antitrust: sulla vis expansiva dell'art. 2, l. n. 287/1990

Intorno alla prima questione, non da oggi, un dibattito acceso divide dottrina e giurisprudenza, di merito e di legittimità, in orientamenti contrapposti che mutano a seconda della «capacità espansiva» di volta in volta riconosciuta al rimedio della nullità

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 03.07.2024.

predisposto dall'art. 101, comma 2, TFUE e dall'art. 2, comma 3, l. 10 ottobre n. 287/1990.

Ora se ne afferma l'attitudine a sanzionare *il risultato concreto* della distorsione della concorrenza – ossia il «fatto in sé» dell'impiego di clausole «anticorcorrenziali» – e così a travolgere con la nullità non la sola intesa, ma qualsiasi atto, da chiunque posto, possa considerarsene attuazione (3). Ora, viceversa, anche argomentando dal tenore letterale delle disposizioni richiamate, che espressamente comminano la nullità delle sole intese anticorcorrenziali, se ne circoscrive la capacità sanzionatoria solo a queste ultime ed, eventualmente, ai contratti a valle che vedano la partecipazione del contraente al programma monopolistico (4). Nessuna prospettiva invalidatoria «derivata», dunque, per quelli stipulati da banche estranee all'intesa, ferma restando l'attivabilità del rimedio risarcitorio extracontrattuale nei confronti delle imprese cartelliste per l'eventuale danno da tasso «sovra-concorrenziale», secondo le regole poste dalla Direttiva 2014/104/UE, recepita dal d. lgs. 19 gennaio 2017, n. 3.

Nell'argomentare di coloro che si mostrano favorevoli all'ammissibilità di una nullità «per contagio», a legittimare la propagazione del rimedio *antitrust* ai contratti di finanziamento che utilizzano l'*Euribor* manipolato sarebbe un collegamento funzionale tra questi e l'intesa vietata, comprovato dal richiamo nel contratto «a valle» dell'indice alterato. Tale richiamo varrebbe di per sé a perpetuare proprio l'assetto anticorcorrenziale che le norme *antitrust* intendono reprimere e, così, a suggerire di riservare ad ognuno degli atti «collegati» il medesimo trattamento sanzionatorio: ché, si osserva in dottrina, quando il contratto a valle attua l'intesa e restringe la concorrenza, «che l'impresa colpevole sia formalmente parte del cartello o solo vi aderisca con la sua prassi sono cose che si equivalgono» poiché «quel che conta è che attraverso il comportamento dell'impresa l'intesa produca anche in quel caso effetti anticompetitivi» (5).

Una nullità «testuale», quella che colpirebbe i contratti «a valle», che si vorrebbe far discendere da un'interpretazione estensiva dell'art. 2, comma 3, l. n. 287/1990, il cui inciso «ad ogni effetto» avrebbe il significato di estendere il rimedio *antitrust* anche ad ogni contratto successivo – esso stesso, per l'appunto, da considerarsi «effetto» dell'intesa – capace di replicare il risultato anticorcorrenziale (6). In proposito, si sottolinea come circoscrivendo l'applicabilità del rimedio *antitrust* alle sole intese a monte, esso rimarrebbe privo di effettività: resterebbero invero sprovvisti di sanzione proprio i regolamenti contrattuali che costituiscono attuazione in concreto di quelle intese, così consentendosi la conservazione nel mercato di strutture anticorcorrenziali che tramite la nullità si intenderebbe eliminare.

Del resto, si osserva, un sistema che colpisca le pratiche *comunque* in grado di pregiudicare l'ordinato assetto concorrenziale non soltanto sembrerebbe il più coerente con gli obiettivi di tutela di quell'assetto, in cui viene ravvisata la *ratio* ultima della disciplina *antitrust*, ma si mostrerebbe altresì necessario in ragione dell'inadeguatezza del rimedio risarcitorio: non se ne lamenta soltanto la (asserita) inefficacia dissuasiva nei confronti delle imprese, ma anche l'esclusiva propensione alla protezione di interessi schiettamente individuali, quelli dei soggetti danneggiati, con la conseguente carenza di tutela delle esigenze protette dalla legge *antitrust*, quelle di trasparenza e correttezza nel mercato, alla cui salvaguardia meglio provvederebbe il rimedio della nullità (7).

Con un *revirement* che già la dottrina considera capace di innescare «sconquassi clamorosi, da «apriti cielo!» (8), la Cassazione 4 maggio 2024, n. 12007, rinnega l'idea

che per invocare la nullità *antitrust* sia sufficiente il dato oggettivo del richiamo in contratto all'indice manipolato stabilendo che affinché un contratto possa dirsi «applicazione» di un'intesa illecita «a monte», si da consentire la propagazione della sanzione di nullità che l'ordinamento contempla per quest'ultimo, quanto meno occorra «che uno dei contraenti sia a conoscenza dell'esistenza di quella determinata intesa (o pratica non negoziale) con un determinato oggetto e un determinato scopo e intenda avvalersi del risultato oggettivo della stessa» (9). La Corte condivisibilmente sottolinea la legittimità del «riferimento, in un contratto, al parametro Euribor, sull'intuitivo presupposto che esso sia correttamente determinato e, quindi, non alterato in modo illecito»: di illegittimità, infatti, si potrebbe discorrere «solo laddove si sia inteso consapevolmente far riferimento al parametro «alterato» da pratiche anticoncorrenziali, o almeno abbia inteso farlo uno dei contraenti».

La decisione, condivisibile negli esiti, manca tuttavia di quella argomentazione meditata che ci si sarebbe attesi dato il particolare «rilievo sia giuridico che sociale» che lo stesso Collegio espressamente annette alla questione, tanto da deciderne la trattazione nella forma solenne della pubblica udienza: i giudici annunciano una riflessione accurata ed esaustiva, perfino ritenendo superflua l'auspicata rimessione alle sezioni unite (10), eppure consegnano una motivazione succinta, che in nessun punto si preoccupa di confutare l'articolato corredo argomentativo nel tempo affinato da dottrina e giurisprudenza favorevoli ad una «nullità *antitrust*» dei contratti «a valle» e che mai si sofferma sulle ragioni del ripudio dell'impostazione corrente, quanto meno nella giurisprudenza di legittimità.

Le ragioni sono di vario ordine.

Anzitutto di ordine letterale. È solo con una forzatura che il silenzio serbato dall'art. 2 della legge *antitrust* a proposito dei rimedi applicabili ai contratti a valle, espressamente riferendo la nullità alle sole intese anticoncorrenziali, potrebbe considerarsi mera svista normativa, lacuna da colmarsi investendo l'espressione «ad ogni effetto» dell'esorbitante compito di disciplinare ambiti così rilevanti. Eppure, anche contro le indicazioni provenienti dalla Corte di Giustizia (11), con le lenti del principio *bonne à tout faire* della effettività (12), i contratti a valle vengono riguardati come quell'«effetto» al quale la norma richiamata alluderebbe e così attratti nel campo applicativo della nullità *antitrust*.

Piuttosto, è preferibile ritenere che quel silenzio esprima l'opzione consapevole di circoscrivere il rimedio alle sole «intese» in quanto tali: se così non fosse, se cioè davvero il legislatore avesse voluto dare regola ad altri contratti, la tecnica prescelta non sarebbe stata l'impiego di un'espressione vaga qual è quella «ad ogni effetto» – che, al più, vale a rafforzare il rimedio posto, enfatizzandone la previsione – ma l'introduzione di una norma *ad hoc* che senza equivoci di sorta quella regola si prestasse a fornire. È dunque da respingere l'idea che la nullità così prefigurata possa qualificarsi testuale: la sanzione demolitiva, infatti, è *testualmente* prevista per le sole intese in sé ed una nullità che si voglia riferita al contratto «a valle» non potrebbe che fondarsi sul disposto dell'art. 1418, comma 1, c.c. Solo che, anche alla luce dell'impostazione giurisprudenziale sulla non interferenza tra «regole di comportamento» e «regole di validità» (13), resterebbe da spiegare l'approdo ad una nullità, integrale o parziale, del contratto «a valle» per violazione di norme imperative di condotta *antitrust*, essendo le regole di comportamento «troppo immancabilmente legate alle circostanze del caso concreto per

poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite»⁽¹⁴⁾.

Vi sono poi ragioni d'ordine logico e giuridico.

Non è solo inappropriato il riferimento al collegamento funzionale quale argomento per superare il silenzio normativo e legittimare la propagazione della nullità dall'intesa a monte ad ogni contratto che contenga un richiamo all'*Euribor*: elemento troppo flebile, quest'ultimo, per farne discendere la sussistenza di quel nesso tra contratti attuato «in vista di uno scopo unitario condiviso dalle parti!»⁽¹⁵⁾, ricorrendo il quale soltanto potrebbe dirsi vigente il principio *simul stabunt simul cadent* e legittimo il replicarsi della nullità⁽¹⁶⁾. Ma è anche irrazionale, nonché potenzialmente destabilizzante per il sistema bancario e finanziario, l'automatismo che discenderebbe dall'impostazione in esame, capace di convalidare la propagazione della nullità a *qualsiasi contratto* contenente un riferimento all'*Euribor*, in corso nel periodo in cui questo sia stato manipolato e pur quando stipulato da un intermediario *qualunque*⁽¹⁷⁾: anche da quello, cioè, che, inconsapevole dell'intesa a monte, passivamente e legittimamente recepisce nei contratti con i clienti il tasso ufficiale pubblicato dalla Federazione bancaria europea.

Ma la ricostruzione ancora meno convince quando riferita ad atti destinati ad incidere su segmenti di mercato differenti, rispetto ai quali l'interferenza reciproca si riduce a mero accidente⁽¹⁸⁾: quello scambio di informazioni tra le otto banche partecipanti al cartello, infatti, era sì teso ad interferire sul valore dell'*Euribor*, ma non già allo scopo di incidere sul mercato dei mutui in quanto tale, bensì di alterare il mercato dei derivati e di limitare la loro esposizione rispetto ai prodotti che dipendono da quel parametro⁽¹⁹⁾. S'intende, allora, come sia ben distante quella «unitarietà dell'interesse globalmente perseguito» in cui la dottrina tradizionale ravvisa l'elemento caratterizzante del collegamento funzionale⁽²⁰⁾.

Insoddisfacente, poi, è la tecnica di allocazione dei danni che ne deriverebbe: non già, come si dovrebbe, a carico delle imprese responsabili della condotta manipolativa, ma di banche rimaste estranee al cartello illecito, quando addirittura non portatrici di interessi con esso contrastanti (come sarebbe nel caso di indici al ribasso), ma secondo tale logica non per questo sottratte all'obbligo di ristorare il mutuatario del danno causato da terzi. Nell'impostazione in esame, legittimati passivi nell'azione risarcitoria sono sia le imprese cartelliste, quanto all'illecito extracontrattuale, sia la controparte del contratto a valle, quanto all'illecito contrattuale: prospettando l'applicabilità delle regole sul concorso e sul cumulo, la dottrina ritiene infatti che «anche l'impresa non partecipante al cartello che però se ne avvale nel contratto a valle commette una violazione»⁽²¹⁾. Nell'estendere alla condotta degli intermediari inconsapevoli il giudizio di riprovevolezza che la norma *antitrust* invece esclusivamente rivolge all'intesa illecita, la medesima dottrina giunge ad applicare loro il più gravoso regime della restituzione di frutti ed interessi da parte del soggetto in mala fede: ché, si afferma, «l'impresa che si è avvalsa dell'intesa (...) quand'anche non ne fosse parte, è comunque in mala fede, con gli effetti conseguenti»⁽²²⁾.

D'altra parte, escludere una nullità del contratto indicizzato all'*Euribor* da fondarsi sull'art. 2, comma 3, l. n. 287/1990, non significa relegare in uno spazio di irrilevanza giuridica l'interesse generale alla correttezza e trasparenza del mercato, né gli interessi facenti capo ai consumatori-acquirenti finali: se il *public enforcement* dell'*antitrust* può da solo dirsi produttivo di incisivi effetti deterrenti nei confronti delle imprese⁽²³⁾, i già

efficaci rimedi della riparazione integrale del *private enforcement* possono dirsi ulteriormente rafforzati ora dall'esperibilità dell'azione di risarcimento del danno nelle forme della *class action*, che certo rendono più agevole ed economicamente meno gravoso il ricorso al rimedio giurisdizionale, i cui costi e rischi potranno essere ripartiti tra le parti; ora, ove vi si acceda, dall'interpretazione estensiva che la dottrina prospetta dell'art. 33, l. n. 287/1990, escludendo la tassatività dei rimedi ivi previsti ⁽²⁴⁾.

Ancora, escludere la nullità *antitrust* dei contratti che *per relationem* richiamino l'*Euribor* manipolato nemmeno significa che prospettive invalidatorie non possano derivare dalle regole del diritto comune dei contratti.

3. I contratti indicizzati all'*Euribor* manipolato nel diritto contrattuale: la nullità parziale originaria o sopravvenuta nelle argomentazioni della Cassazione. Alcune osservazioni critiche

È la nullità parziale, originaria o sopravvenuta, il rimedio che la Cassazione prospetta in relazione alla clausola che richiama l'indice manipolato, salva la possibilità di ricostruire quello «genuino», ossia depurato dalla alterazione.

Ad un siffatto esito invalidante la Corte giunge tramite l'identificazione tra la *mancanza* (o *il venir meno*) del parametro utile ad individuare l'oggetto del contratto – nel senso che esso «non sia più disponibile perché ad esempio non più rilevato e reso pubblico» – e la sua *manipolazione*, ossia il caso in cui il parametro subisca un'alterazione «nella sua sostanza, a causa di fatti illeciti posti in essere da terzi, che siano tali da privarlo in radice delle caratteristiche per le quali le parti lo avevano richiamato nel contratto»: interpellando il controverso tema della ammissibilità di interventi giudiziali riequilibratori di clausole inique, che peraltro avrebbe meritato ben altri approfondimenti ⁽²⁵⁾, il Collegio ritiene che, fallito il tentativo di ricostruire il tasso «depurato» dagli effetti della pratica illecita, «la situazione deve ritenersi equiparabile a quella che si verificherebbe se il tasso richiamato, in quel limitato periodo di tempo in cui sia stato oggetto di effettiva alterazione, non fosse stato affatto rilevato e fissato».

Nell'argomentare del Collegio, l'asserita equivalenza tra alterazione e difetto *tout court* dell'*Euribor* comporterebbe l'impossibilità di determinare l'oggetto del contratto fino all'esito della nullità parziale. È così che si arresta il ragionamento della Corte, che non si occupa della controversa questione relativa alle modalità di sostituzione del tasso di interessi, dichiarata estranea all'oggetto del ricorso ⁽²⁶⁾.

A sostegno del *decisum* la S.C. richiama una serie nutrita di sentenze secondo cui «la convenzione relativa agli interessi è validamente stipulata quando il relativo tasso risulti determinabile e controllabile in base a criteri oggettivamente indicati» o, ancora, quando ricorra il richiamo «a criteri prestabiliti ed elementi estrinseci, purché obiettivamente individuabili, funzionali alla concreta determinazione del saggio di interesse» ovvero «a dati oggettivi di agevole e pubblico riscontro calcolati in modo unitario su scala europea, sicché essa è conforme al principio della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto *ex art. 1346 c.c.*».

La pronuncia si presta ad alcuni rilievi.

Non è solo l'incerta compatibilità tra l'affermata incidenza solo parziale della nullità e l'essenzialità della clausola contenente l'*Euribor* ⁽²⁷⁾, che ripropone il tema della integrazione della lacuna sopravvenuta attraverso norme dispositive e quello, connesso, dell'interpretazione «evolutiva» dell'art. 1374 c.c. ⁽²⁸⁾, quanto e soprattutto la circostanza

che l'anomalia che in tal caso affligge il contratto non possa essere ravvisata nella indeterminatezza del tasso, che infatti certo non può farsi discendere dalla circostanza che verifiche successive ne abbiano attestato la non corrispondenza al reale prezzo del denaro nel mercato interbancario.

Ed, in effetti, è indubbio che il tasso sia «determinabile e controllabile», basato su «criteri prestabiliti» e calcolato tramite il riferimento «a dati oggettivi di agevole e pubblico riscontro calcolati in modo unitario su scala europea» e perciò valido proprio alla stregua dei requisiti che la stessa Corte qualifica necessari ai fini della validità delle convenzioni sugli interessi: il requisito della determinatezza deve cioè considerarsi «pienamente soddisfatto nel momento in cui è oggettivamente determinato il parametro di riferimento, a prescindere da ogni considerazione di quale sia il suo concreto valore»⁽²⁹⁾.

Piuttosto, è di tutta evidenza che l'anomalia risieda nella (originaria o sopravvenuta) alterazione del tasso che, compiutamente individuato nella sua misura, non può «più ritenersi in grado di esprimere la effettiva volontà negoziale delle parti»: esso, ancora si legge in motivazione, non è «più rispondente all'effettivo assetto di interessi voluto» dalle stesse che invero «hanno fatto riferimento a quel parametro proprio in virtù del suo ordinario – non alterato – meccanismo di determinazione»⁽³⁰⁾.

Parafrasando: il tasso c'è (dunque è determinato), ma è (divenuto) difforme dalla rappresentazione delle parti ossia non (più) genuino, come se lo erano prefigurato, ma adulterato dalle valutazioni falsanti trasmesse dalle banche.

4. Euribor alterato tra annullabilità per errore ed impossibilità sopravvenuta parziale: rettifica del contratto annullabile e «prestazione parziale» nella logica delle «rebalancing rules»

Non serve di più, al giurista, per affermare che a causa dell'«alterazione falsificante»⁽³¹⁾ posta in essere da terzi, le parti, entrambe, concludano il contratto sulla base di una falsa rappresentazione della prestazione: un tasso di interessi che pensavano correttamente formato era stato invece costituito sulla base di indicazioni falsanti, idonee ad interferire nel procedimento di formazione della volontà negoziale secondo le forme dell'errore di fatto; e, si dirà in tal caso, di un errore *bilaterale*⁽³²⁾, entrambe le volontà risultando viziate dal medesimo errore⁽³³⁾.

Il soggetto che abbia stipulato il contratto di finanziamento erroneamente ritenendo di ancorarlo ad un tasso corretto è legittimato all'azione di annullamento e di restituzione, entrambe soggette a prescrizione secondo un *dies a quo* che ancora una volta vacilla sotto il peso del principio di effettività⁽³⁴⁾. Escluso, invece, il diritto ad agire per il risarcimento del danno nei confronti dell'istituto bancario ignaro del cartello, ove pure questi abbia beneficiato, forse ad intervalli, di un indice vantaggioso: si rammenti che, trattandosi di indicazioni manipolate ora al rialzo ora al ribasso, la condotta collusiva a monte ben potrà aver determinato perfino una riduzione dei tassi, a lucro del cliente⁽³⁵⁾.

Senza addentrarci nel tema controverso dell'ammissibilità di una annullabilità parziale «oggettiva», che nelle riflessioni di una parte della dottrina sarebbe da aggiungersi a quella «in senso soggettivo» espressamente disciplinata dal legislatore (art. 1446 c.c.)⁽³⁶⁾, resterebbe in ogni caso ferma l'applicabilità della rettifica del contratto annullabile per errore, *ex art. 1432 c.c.*

Al pari della nullità parziale, la rettifica è rimedio conservativo del contratto esperibile mediante un'offerta che, ove conforme alle ragionevoli aspettative della controparte errante ⁽³⁷⁾, è da questa irrifutabile tanto da essere qualificata come negozio unilaterale recettizio di per sé produttivo dell'effetto modificativo. Trattandosi di errore comune, deve ritenersi che su domanda di uno dei contraenti il giudice possa ricondurre il contratto ai termini nei quali ragionevolmente avrebbe potuto concludersi ove l'errore non si fosse verificato ⁽³⁸⁾, alla stregua di un criterio equitativo ⁽³⁹⁾.

A ben vedere, si tratta di un meccanismo che adeguatamente si presta ad una riconsiderazione del corrispettivo modulata sulla manipolazione «intermittente» ascritta alle banche cartelliste, colpevoli di interferenze temporalmente discontinue e di segno non sempre omogeneo secondo modalità che hanno indotto la dottrina a discorrere di nullità «periodale» ⁽⁴⁰⁾: in particolare, il tasso rettificato sarà da calcolarsi analiticamente, giorno per giorno, in ragione di una condotta manipolativa che si sarà manifestata secondo andamenti variabili, coerenti con la logica speculativa propria della strategia cartellista, e per una limitata fase di vigenza del contratto (quella compresa tra il 29 settembre 2005 ed il 30 maggio 2008).

L'«alterazione sopravvenuta» del tasso *Euribor*. Diverso è il caso in cui il tasso contrattuale, inizialmente parametrato sulla base di indicazioni correttamente trasmesse dalle banche aderenti al *Panel*, solo in corso di rapporto veda inficiata la sua genuinità per effetto della sopravvenuta manipolazione, così pregiudicando la realizzazione del programma contrattuale: non già, dunque, difetto originario che colpisce l'atto in sé e conduce all'invalidità, ma anomalia funzionale successiva alla costituzione di un contratto che abbia già scontato positivamente il giudizio di validità.

Senza chiamare in causa, come pure fa la Cassazione, la discutibile figura della «nullità sopravvenuta» ⁽⁴¹⁾ – che peraltro presupporrebbe formulabile a monte un giudizio di nullità, che si è però detto da respingere – e senza nemmeno ripiegare verso la categoria giurisprudenziale dell'«inefficacia in senso stretto» ⁽⁴²⁾, l'incidenza dell'*Euribor* manipolato sui contratti validamente stipulati sembra piuttosto riconducibile al modello della impossibilità sopravvenuta parziale.

La vicenda impossibilitante, ossia l'alterazione dei tassi, colpisce solo specifici segmenti temporali del contratto e singole porzioni del tasso che infatti non sarà travolto *in toto*, ma solo per le frazioni (eventualmente) influenzate dalla manipolazione. Si noti, infatti, che l'indice *Euribor* continuerà ad essere valida espressione della volontà negoziale, tranne nella misura e nel tempo in cui sia stato distorto dalla manipolazione: in tali termini, la prestazione non corrisponde più a quella originariamente prefigurata e l'operazione, così come programmata, non è più attuabile ⁽⁴³⁾.

Si tratta di quel genere di «vizio funzionale» che ricorre quando lo scambio resta possibile, benché quantitativamente da assoggettare ad «aggiustamenti» ⁽⁴⁴⁾: in linea con la propensione legislativa verso i rimedi conservativi del contratto, alla quale non da oggi la dottrina dedica riflessioni approfondite ⁽⁴⁵⁾, il *proprium* dell'art. 1464 c.c. è da ravviarsi non già nello scioglimento del contratto quanto nel suo «adeguamento alla nuova situazione» ⁽⁴⁶⁾, secondo un meccanismo che ben si presta a riportare il tasso al valore che avrebbe avuto senza l'intervento alterante ⁽⁴⁷⁾.

Si riconferma l'idea che, rispetto ai contratti in cui la pratica monopolistica sia semplicemente «subita» dalle parti (cd. *fruit contracts*), la questione non sia tanto di politica della concorrenza ma, più propriamente, di «giustizia contrattuale» e di revisione di regole negoziali inique ⁽⁴⁸⁾. Su tale terreno, in cui l'esistenza del cartello

incide unicamente sull'equilibrio economico del contratto, bene si collocano i rimedi della rettifica e della «prestazione parziale» nei quali la dottrina ravvisa ora regole «di equità» ora «di adeguamento» del contratto (49): limitrofi alla logica delle *rebalancing rules*, quali regole poste dal giudice per la revisione di regolamenti negoziali difformi dai principi di razionalità economica propri di un mercato efficiente (50), tali rimedi si mostrano particolarmente appropriati ad intervenire su vicende di squilibrio economico, in linea con la tendenza legislativa alla tutela dell'equilibrio (non oggettivo, bensì) soggettivo delle prestazioni contrattuali, da intendersi come mantenimento del rapporto di equivalenza originariamente fissato dalle parti (51).

5. Le metamorfosi della nullità: nullità «funzionali» e adattamento del contratto in senso «equitativo». Il primato del rimedio risarcitorio?

È netta anzitutto l'impressione di una forzatura del sistema: la piana trasposizione del rimedio pensato dalle sezioni unite per la vicenda (solo apparentemente) parallela delle fideiussioni *omnibus* finisce con il piegare il meccanismo della nullità parziale a funzioni che tradizionalmente non le sono proprie. Si conferma quel processo di trasformazione della categoria della nullità «dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata (...) ad un regime giuridico invece differenziato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l'atto, e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico» (52): una «nullità funzionale» (53), qui declinata nelle forme della nullità parziale, chiamata all'obiettivo dell'equità e della giustizia contrattuale e deputata a colpire il contratto «a valle» scongiurando l'impiego del rimedio (eccessivo) della nullità integrale, ma al contempo, appellandosi all'indeterminabilità dell'oggetto, attenta a scansare la diretta applicazione della disciplina *antitrust* e a mettersi al riparo dalle critiche sulla configurabilità di una nullità virtuale.

Non solo la nullità parziale non è il rimedio giuridicamente appropriato, ma nemmeno quello da preferire sul piano operativo: non lo è in una prospettiva di politica del diritto, poiché quell'effetto correttivo del corrispettivo che discende dall'impiego della nullità parziale, al quale si annette il merito di eliminare dal mercato gli esiti concreti della pratica illecita, allo stesso modo è insito nei meccanismi degli artt. 1432 c.c. e 1460 c.c.; e nemmeno lo è se riguardato nell'ottica del temperamento con il principio di conservazione del contratto che del pari trova soddisfazione nelle tecniche manutentive regolate dalle norme richiamate. Semmai, il profilo che potrebbe essere utilmente invocato al fine di avvalorare una preferenza per la nullità parziale è quello dell'imprescrittibilità della relativa azione, ma giova tener conto che è dell'azione restitutoria e del relativo regime di prescrizione che più interessa occuparsi, poiché è ad essa che di fatto è affidato il riequilibrio delle attribuzioni patrimoniali (54).

Quel che sia del modo in cui si intenda fornire giuridico rilievo all'effetto eventuale ed intermittente del cartello sui contratti «a valle», e quand'anche se ne voglia negare qualsiasi prospettiva d'invalidità, non sembra comunque che la tutela realizzabile in via risarcitoria sia così dissimile: ciò a cui il cliente può ambire sperando la restituzione non pare distante da quel sovrapprezzo anticoncorrenziale che sarà possibile conseguire lungo la strada risarcitoria (55). Ed invero, è di «sovrapprezzo» che discorre l'art. 2, lett. r), del d.lgs. n. 3/2017, definendolo come «differenza tra il prezzo effettivamente pagato e il prezzo che sarebbe altrimenti prevalso in assenza di una violazione del diritto della

concorrenza» ed è tale differenza a costituire la misura oltre la quale il danno emergente non può essere risarcito, a norma dell'art. 10 del citato decreto.

Nel tempo, ragioni d'ordine diverso hanno indotto gli studiosi ad optare ora per rimedi risarcitori ora per quelli contrattuali, ma si tratta di temi ai quali dottrina autorevole ha dedicato un'accurata riflessione tanto da non dovervi insistere⁽⁵⁶⁾. In proposito, mi limiterò ad osservare che rilievi di tenore schiettamente pratico potrebbero per un verso orientare ai rimedi contrattuali: si potrà osservare, infatti, che al cliente convenuto per l'adempimento converrà eccepire direttamente a controparte la non debenza (o la minor debenza) del corrispettivo invece che, per intanto adempiere, e solo dopo avviare un giudizio risarcitorio nei confronti delle banche cartelliste.

Per altro verso, non è solo il vantaggio di sollevare l'interprete dalle fatiche di complesse ricostruzioni, ma solide e non trascurabili ragioni suggeriscono di considerare appropriato lo strumento risarcitorio: non mi riferisco soltanto a quella prescrizione «mobile» desumibile dall'art. 8, d. lgs. n. 3/2017⁽⁵⁷⁾, che, da interpretarsi alla luce del principio di effettività⁽⁵⁸⁾, in definitiva annulla le distanze rispetto alle azioni restitutorie, ma anche a quelle agevolazioni probatorie legate alla possibilità di allegare come «prove atipiche» le decisioni della Commissione europea che accertano la sussistenza della condotta manipolativa⁽⁵⁹⁾, nonché al regime della solidarietà tra le banche cartelliste, ex art. 2055, c.c., di cui può giovare il cliente danneggiato, ed infine alle semplificazioni legate alla esperibilità delle *class actions*, il cui impiego massivo potrebbe rivelarsi decisivo anche in punto di efficacia dissuasiva del rimedio risarcitorio.

(1) Il riferimento è alla decisione della Commissione europea 4 dicembre 2013 [C (2013) 8512], che ha accertato la sussistenza di un cartello costituito da un certo numero di banche internazionali, tra cui nessuna italiana, al fine di interferire sulla formazione del tasso *Euribor*, nel periodo compreso fra il 29 settembre 2005 ed il 30 maggio 2008. La Commissione ha ravvisato la violazione dell'art. 101 del Trattato CE, nella parte in cui esso stabilisce che «sono incompatibili con il mercato interno e vietati tutti gli accordi tra imprese, tutte le (decisioni di) associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra stati membri e che abbiano per oggetto o per l'effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza ed in particolare quelli consistenti nel: a) fissare direttamente o indirettamente i prezzi d'acquisto o di vendita ovvero altre condizioni della transazione», con la conseguenza che «gli accordi o decisioni, vietati in virtù del presente articolo, sono nulli di pieno diritto». Alla decisione menzionata, relativa ad un gruppo di banche che aveva avviato una procedura di transazione, ne ha fatto seguito una ulteriore del 7 dicembre 2016 [C (2016) 8530], riferita ad altri istituti bancari, pure essi parte della medesima intesa, ma non aderenti alla richiamata procedura transattiva.

(2) Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, in www.cortedicassazione.it.

(3) In giurisprudenza, Cass., 13 dicembre 2023, n. 34889, in www.cortedicassazione.it, secondo cui, limitatamente al periodo per il quale la Commissione europea ha accertato la manipolazione del tasso *Euribor*, è affetta da nullità la previsione contrattuale che prevede la determinazione del tasso di interesse in misura variabile parametrato al saggio *Euribor* anche se l'istituto mutuante non rientra tra quelli sanzionati per avere preso parte all'intesa manipolativa, poiché, si osserva qualsiasi forma di distorsione della competizione di mercato, in qualunque modalità venga posta in essere, costituisce comportamento rilevante ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 2 della legge *antitrust*, a prescindere dal fatto che all'intesa illecita avesse o meno partecipato la

banca concedente. Il Collegio osserva infatti che raggiunto dal divieto di cui all'art. 2, l. n. 287/1990, è qualunque contratto o negozio a valle che costituisca applicazione delle intese illecite concluse a monte. Si tratta di un orientamento confermato in *obiter dictum* da Cass., 13 febbraio 2024, n. 4001, in www.cortedicassazione.it. Con specifico riferimento al caso delle fideiussioni *omnibus*, medesimo l'orientamento espresso da Cass., sez. un., 30 dicembre 2021, n. 41994, in www.dirittobancario.it. In dottrina, cfr. DOLMETTA, *Euribor manipolato e contratti «a valle»*. *Questioni*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, II, 1, spec. 8, secondo cui «la nullità dei contratti a valle si verifica in ragione del fatto oggettivo che – nel testo dei contratti predisposti dalla banca – è stata prevista la clausola «parametro euribor» e che, nel relativo periodo di riferimento, questa clausola, come eterointegrata in modo illecito, ha poi trovato effettiva e reale applicazione (anche) nell'operatività della detta banca»; GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, II, 1, 19 ss.

(4) ACCETTELLA, *I contratti «a valle» dell'intesa vietata nella vicenda relativa alla manipolazione dell'Euribor*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, II, 1, 53 ss., che giudica «priva di dimostrazione» l'idea della irrilevanza della partecipazione all'intesa; GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: «ci risiamo»!*, in *Riv. dir. banc.*, 2024, II, 1, spec. 40. Analogamente, con riferimento al caso delle fideiussioni *omnibus*, LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza: un commento a Cassazione civile, sezioni unite, 30 dicembre 2021*, n. 41994, in *Orizz. dir. comm.*, 2022, 1, 13 ss. Tale più condivisibile impostazione è conforme tanto all'orientamento della C. giust. 14 dicembre 1983, causa C- 319/82, *Société de Vente de Ciments et Bétons*, §§ 11 e 12, in curia.europa.eu, e della C. giust. 13 luglio 2006, causa C- 295/04, *Manfredi*, *ivi*, secondo cui la «nullità di pieno diritto», ex art. 101 TFUE, riguarda le sole intese restrittive della concorrenza e non anche i contratti a valle; quanto alle conclusioni depositate dalla Procura Generale a proposito dell'Euribor manipolato (ud. pubblica 27 marzo 2024), nonché con riferimento alla vicenda delle fideiussioni *omnibus* (ud. pubblica 23 novembre 2021). A tale ultimo proposito, dopo aver sottolineato come la normativa *antitrust* manchi di qualsiasi previsione utile ad indirizzare l'interprete nel senso della nullità dei contratti a valle, il Procuratore rilevava che «dalla declaratoria di nullità di una intesa tra imprese per lesione della libera concorrenza, per effetto del provvedimento n. 55 del 2005 della Banca d'Italia, non deriva la nullità (a catena) di tutti i contratti di fideiussione posti in essere dalle imprese aderenti all'intesa, né la nullità (derivata) delle singole clausole sanzionate: i contratti «a valle» mantengono inalterata la loro validità e possono dare luogo alla specifica azione di risarcimento dei danni da parte dei fideiussori nei confronti degli istituti di credito, previo accertamento incidentale della nullità dell'intesa ed a condizione che sia fornita la prova di un possibile danno derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che il fideiussore non avrebbe accettato in mancanza della intesa».

(5) GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, cit., 22. Nel medesimo senso, DOLMETTA, op. cit., 6, secondo cui si tratta di strumenti esecutivi dell'intesa vietata che «lungi dal manifestarsi neutri sotto il profilo valoriale, vengono a partecipare del medesimo disvalore che l'ordinamento riserva all'intesa «a monte».

(6) Cass., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., con riferimento alle clausole contenute nel contratto di fideiussione *omnibus*, affermava che sarebbe la stessa *ratio* delle norme *antitrust* a giustificare un'interpretazione estensiva della nozione «nullità ad ogni effetto», di cui all' art. 2, comma 3, l. n. 287/1990: rileva la Corte, infatti, che «l'interesse protetto dalla normativa *antitrust* è principalmente quello del mercato in senso oggettivo, e non soltanto l'interesse individuale del

singolo contraente pregiudicato, con la conseguente inidoneità di un rimedio risarcitorio che protegga, nei singoli casi, solo quest'ultimo; in questa prospettiva va dunque letta la norma per cui le intese vietate sono nulle a ogni effetto». Ma già in tal senso, Cass., 12 dicembre 2017, n. 29810, in *DeJure*, che, nel richiamare la precedente Cass. n. 287/1999, osservava come quando la legge *antitrust* dispone la nullità «ad ogni effetto» delle intese fra imprese – che abbiano ad oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare in modo consistente il gioco della concorrenza all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante – non intenderebbe riferirsi solo all'eventuale negozio giuridico postosi all'origine della successiva sequenza comportamentale, ma a tutta la più complessiva situazione anche successiva che, in quanto tale, realizzi un ostacolo al gioco della concorrenza.

(7) Cfr. in tal senso Cass., 30 dicembre 2021, n. 41994, cit., secondo cui «una volta esclusa l'idoneità della sola tutela risarcitoria, disgiunta dalla tutela reale, a garantire la realizzazione delle finalità perseguite dalla normativa *antitrust*, deve ritenersi che la forma di tutela più adeguata allo scopo, ma che consente di assicurare anche il rispetto degli altri interessi coinvolti nella vicenda, segnatamente quello degli istituti di credito a mantenere in vita la garanzia fideiussoria, espunte le clausole contrattuali illecite, sia la nullità parziale, limitata - appunto - a tali clausole». Né va tralasciato il rilievo che la nullità parziale è idonea a salvaguardare il menzionato principio generale di «conservazione» del negozio.

(8) PARDOLESI e PAGLIANTINI, *Nullità da Euribor manipolato: alla fiera degli equivoci*, consultabile su <https://www.foroitaliano.it/news/2757/nullita-da-euribor-manipolato-alla-fiera-degli-equivoci/>.

(9) In tal senso anche la giurisprudenza di merito, sia precedente che successiva alla pronuncia della menzionata Cass., ord. 13 dicembre 2023, n. 34889, in *www.cortedicassazione.it*. Per quella successiva, cfr. tra le altre, Trib. Milano, 21 febbraio 2024, n. 2221, ined.; Trib. Livorno, 29 gennaio 2024, ined.; Trib. Salerno, 12 marzo 2024, ined.; Trib. Arezzo, 11 marzo 2024, ined.; Trib. Torino, 29 gennaio 2024, ined., secondo cui non è possibile qualificare come contratto «a valle», agli effetti della repressione dell'intesa anti-concorrenziale, qualsiasi contratto di credito in corso di esecuzione negli anni tra il 2005 e il 2008 e parametrato all'*Euribor*, a prescindere dall'accertamento - decisivo - dell'adesione dell'impresa bancaria all'intesa per la manipolazione del prezzo. Per quella precedente, invece, cfr. App. Milano, 8 marzo 2022, n. 775, ined.; App. Brescia, 6 ottobre 2023, n. 1494, ined.

(10) Cfr. gli auspici di cui alle conclusioni della Procura Generale (ud. pubblica 27 marzo 2024).

(11) C. giust., 14 dicembre 1983, causa C-319/82, cit., e C. giust., 13 luglio 2006, causa C-295/04, cit., sono nel senso che la «nullità di pieno diritto», di cui all'art. 101 TFUE, riguarda solo le intese restrittive della concorrenza in quanto tali e non anche i contratti a valle. Così anche C. giust., 18 dicembre 1986, causa C-10/86, *Vag France et Magne*, in *curia.europa.eu*, secondo cui le conseguenze della nullità *ipso iure* delle clausole contrattuali incompatibili con l'art. 85, n. 1 del Trattato per gli altri elementi dell'accordo o per le altre obbligazioni che ne derivano esulano dal diritto comunitario. Spetta al giudice nazionale valutare, alla luce del diritto nazionale da applicarsi, la portata e le conseguenze dell'eventuale nullità ai sensi dell'art. 85, n. 2, di determinate clausole contrattuali. Più precisamente, al punto 15, la Corte sottolinea che spetta al giudice nazionale valutare, alla luce del diritto nazionale da applicare, la portata e le conseguenze, per l'insieme dei rapporti contrattuali, dell'eventuale nullità di talune clausole contrattuali ai sensi dell'art. 85, n.2, in base al diritto nazionale si deve *accertare in particolare*

se detta incompatibilità possa avere la conseguenza di obbligare le parti contraenti a modificare il contenuto del contratto per evitare la nullità.

(12) Secondo tale principio, gli Stati membri sono chiamati ad adottare i rimedi più consoni a garantire la tutela più completa delle situazioni soggettive protette nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione (cfr. art. 19, par. 1, TUE).

(13) Cass., sez. un., 19 ottobre 2007, n. 26724 e 26725, in *One LEGALE*, confermata da successive pronunce di legittimità: Cass., 31 luglio 2017, n. 19016, *ivi*; Cass., ord. 11 maggio 2018, n. 11543, *ivi*; Cass., 14 ottobre 2019, n. 25785, *ivi*; Cass., sez. un., 9 agosto 2023, n. 24307, *ivi*. In dottrina, cfr. C. SCOGNAMIGLIO, *Regole di validità e regole di correttezza nel nuovo diritto dei contratti*, in *Quaderni – Fondazione Italiana del Notariato*, 2009, consultabile su <https://elibrary.fondazione-notariato.it/articolo.asp?art=23/2303&mn=3>.

(14) Cass., 19 ottobre 2007, n. 26724, cit.

(15) DEL PRATO, *Illecito e rifiuto di esecuzione di clausole contrattuali: un altro rimedio in forma specifica contro l'abuso di autonomia?*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, II, 2, 667, secondo cui affinché possa dirsi costituito un collegamento negoziale «per come ci è stato consegnato da dottrina e giurisprudenza costanti (...) occorre che il contraente che non ha partecipato a un contratto convenga sulla funzionalità di questo alla realizzazione dell'unitario assetto di interessi, e cioè al soddisfacimento del bisogno per cui l'altro contraente ha inteso collegare i contratti».

(16) In tal senso cfr., Trib. Salerno, 12 marzo 2024, ined; Trib. Cassino, 14 marzo 2024, n. 423, ined., assai esplicito in tal senso là dove afferma che «in ogni caso è certo, ed anche questa circostanza esclude di per sé sola l'esistenza di un collegamento funzionale tra il mutuo *de quo* e l'intesa restrittiva allegata dall'opponente, che la banca creditrice procedente non abbia affatto partecipato all'intesa su derivati sanzionata dal provvedimento della Commissione UE del 4 dicembre 2013 sicché, mancando l'elemento soggettivo, elemento evidentemente immanente in ogni fenomeno di collegamento tra atti giuridici, deve escludersi che vi possa essere un collegamento funzionale tra mutuo e l'intesa anticoncorrenziale manipolativa del tasso Euribor di cui la creditrice procedente non ne era parte e di cui, verosimilmente, non ne conosceva neppure l'esistenza, non rientrando, tra l'altro, nemmeno tra il gruppo di banche italiane che comunicavano i tassi ai fini della rilevazione dell'Euribor». Il Tribunale continua sottolineando come sia evidente il difetto di un nesso funzionale tra il contratto di mutuo fatto valere in sede esecutiva e l'intesa anticoncorrenziale colpita dal provvedimento sanzionatorio della Commissione Europea ed invero «il contratto di mutuo, pur facendo riferimento al tasso Euribor, non è stato, infatti, un mezzo per propalare nel mercato gli effetti della «intesa» anticoncorrenziale, la quale, a ben vedere, non aveva ad oggetto il mercato dei mutui conclusi dalle banche nell'esercizio dell'attività istituzionale di impiego del denaro, ma il diverso mercato degli strumenti finanziari e, in particolare, il mercato dei derivati sui tassi d'interesse».

(17) ACCETTELLA, op. cit., 64.

(18) Sul punto, GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: «ci risiamo»!*, cit., 33 s., il quale osserva come alla base della manipolazione non vi fosse «una strategia unica e sistematicamente preordinata in una specifica direzione - quale avrebbe potuto essere, invece, se l'obiettivo fosse stato, ad esempio, ottenere maggiori profitti nel mercato dei finanziamenti a tasso variabile, una strategia volta a spingere costantemente verso l'alto l'Euribor - ma vi erano strategie di volta in volta diverse, poi non necessariamente continuative ma concentrate in determinate giornate corrispondenti a particolari scadenze,

caratterizzate dal tentativo talora di abbassare l'*Euribor*, talora di innalzarlo (...). In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 21 febbraio 2024, inedit.

(¹⁹) Cfr. in proposito la decisione della Commissione europea, 4 dicembre 2013, in relazione al procedimento relativo all'art. 101 del TFUE all'art. 53 dell'accordo EES, ove si legge che «i tassi di riferimento sono una componente importante del prezzo degli strumenti finanziari derivati dal tasso di interesse con il quale sono acquistate e venduti dalle banche. La condotta descritta nella Sezione 4 è nel suo complesso designata a ridurre anticipatamente il fattore d'incertezza che sarebbe altrimenti stato presente nel mercato circa il comportamento futuro degli altri competitor». In tal caso, continua la Commissione, «questo permetteva loro di essere a conoscenza delle posizioni sul mercato e della strategia commerciale di altri, così dunque falsando la loro rivalità sul mercato e permettendone la collusione». Le informazioni rivelate in incontri bilaterali precedenti alla determinazione dei prezzi e altri scambi di informazioni commerciali di natura sensibile (v. punto 32 lett. g) della decisione) «non erano generalmente disponibili ad altri operatori attivi in quella sfera, o almeno non in tale dettaglio, laddove tali discussioni si spingevano ben oltre quanto necessario per negoziazioni legittime su commerci EIRD o per altrettanto legittime pratiche di divulgazione non discriminative al fine di incrementare la liquidità del mercato» (punto 57, decisione).

(²⁰) C. M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, 2^a ed., Giuffrè, 2000, 484.

(²¹) In tal senso GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, cit., 26 s., testo e nt. 24.

(²²) GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, cit., 25.

(²³) In tal senso LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 13 e 24, che osserva come il sistema di *public enforcement* dell'*antitrust* europeo si sia attestato su una linea per cui «le ammende, già da sole, dovrebbero avere una piena efficacia dissuasiva, sì da assorbire i vantaggi economici perseguiti dalle imprese partecipanti all'intesa», aggiungendo come sia ben nota la pesantezza delle ammende irrogate dalla Commissione dalle autorità nazionali di concorrenza. Ma v. DENOZZA, *Incongruenze, paradossi e molti vizi della tesi del «solo risarcimento» per le vittime di intese ed abusi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 2, 411 s., secondo cui «la sanzione consistente nell'obbligo di risarcimento compensativo dei danni subiti dalle vittime, non ha una rilevante efficacia dissuasiva. Poiché i danni subiti dalle vittime normalmente non superano i guadagni realizzati dall'autore della violazione, e tenuto conto sia che non tutte le violazioni possono essere sempre scoperte e sanzionate, sia che non tutti i danneggiati agiscono per il risarcimento e riescono ad ottenerlo, il risultato sarà che le violazioni effettivamente sanzionate non produrranno perdite, mentre quelle non scoperte e non sanzionate procureranno guadagni. Il calcolo costi-benefici risulta *ex ante* decisamente favorevole alla violazione».

(²⁴) LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti «a valle»*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, II, 2, 379, secondo cui è da escludersi la natura tassativa dell'elenco dei rimedi di cui all'art. 33, l. n. 287/1990, che è norma sulla competenza alla quale il legislatore non ha di certo inteso affidare il compito di delimitare il *private enforcement antitrust*.

(²⁵) Sull'ammissibilità di poteri giudiziali di adeguamento delle clausole inique, diffusamente, D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Cedam, 2008, 280 ss.

(²⁶) In dottrina, all'idea secondo cui dovrebbe procedersi tramite l'applicazione dell'art. 1284, comma 3, c.c., si contrappone quella della sostituzione con il tasso nominale minimo dei buoni

ordinari del Tesoro emessi nei dodici mesi antecedenti alla conclusione del contratto, ex art. 117 ult. comma, t.u.b., disposizione che viene considerata norma generale cui attingere ai fini della integrazione di contratti di finanziamento nel caso di invalidità delle clausole di determinazione del tasso di interessi: in tale ultimo senso, cfr. GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: «ci risiamo»!*, cit., 50; ACCETTELLA, op. cit., 71 s. Ma, cfr. PARDOLESI e PAGLIANTINI, op. cit., 7, ove considerazioni critiche con riferimento ad entrambe le prospettazioni.

(27) Si rammenta in dottrina ed in giurisprudenza come il meccanismo della nullità parziale possa legittimamente essere invocato solo con riferimento a clausole secondarie o accessorie «mentre ove la nullità colpisca una clausola principale o essenziale, ai fini della definizione legale del tipo, la conseguenza è, invariabilmente, la nullità dell'intero contratto, senza che possa farsi luogo alla valutazione di essenzialità di cui al c.1»: così, MANTOVANI, *Le nullità e il contratto nullo*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, IV, *Rimedi*, I (a cura di Gentili), Giuffrè, 2006, 112. Analogamente, FERRI, *Volontà del privato e volontà della legge nella nullità del negozio giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, 7-8, 274; NIVARRA, RICCIUTO e SCOGNAMIGLIO, *Istituzioni di diritto privato*, Giappichelli, 2016, 211, ove si osserva come, al fine di verificare se la nullità della singola clausola si propaghi o meno all'intero contratto, occorre verificare se la clausola possa o meno qualificarsi essenziale e «tali saranno non soltanto quelle clausole che ineriscono ad elementi essenziali del contratto, ma tutte quelle che, in concreto appaiono degerminanti ai fini del soddisfacimento degli interessi perseguiti dalle parti»; TOMMASINI, voce *Nullità (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Giuffrè, 1978, 905. In proposito, cfr. D'ADDA, *Regole dispositive in funzione «conformativa» ovvero una nuova stagione per l'equità giudiziale?*, in BELLAVISTA e PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano, 2011, 376, il quale osserva come non sempre basti agire sul meccanismo della nullità parziale per garantire l'adattamento del contratto che contempli patti abusivi/iniqui poiché «quando la riprovazione da parte dell'ordinamento ha ad oggetto un patto «essenziale», la cui caducazione compromette la «tenuta» del contratto, che senza la clausola obliterata tale non è più, i propositi di «conformazione» sono messi a ben più dura prova e rischiano di rivelarsi mere velleità». L'a. indugia poi in qualche esemplificazione sottolineando come sarà arduo «ritenere che possa conservarsi «per il resto» il contratto che contempli un patto di determinazione del prezzo (o comunque delle prestazioni delle parti) invalidato perché ritenuto abusivo ovvero iniquo» poiché «in tali casi è lo stesso contenuto minimo che delinea causa ed oggetto del contratto a finire per essere compromesso, così pregiudicando – in mancanza di una integrazione del regolamento negoziale – la sopravvivenza del contratto». In un contesto più ampio, il tema è affrontato da SALANITRO, *Contratti onerosi con prestazione incerta*, Giuffrè, 2003, 298 ss. In giurisprudenza, cfr. Cass., 1° marzo 1995, n. 2340, in *Giust. civ.*, 1995, I, 10, 2439 ss.: «La nullità di una clausola di un contratto invalida l'intero negozio ... allorché la nullità si riferisca ad un elemento essenziale di esso»; analogamente, Cass., 19 luglio 2002, n. 10536, in *One LEGALE*, secondo cui «l'estensione all'intero negozio degli effetti di tale nullità ... si verifica quando la nullità è relativa ad un elemento essenziale del negozio o ad una pattuizione legata alle altre da un rapporto di interdipendenza ed inscindibilità».

(28) LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, 227. Favorevole alla integrazione tramite norme dispositive, C. CASTRONOVO, *Profili della disciplina nuova delle clausole cd. vessatorie, cioè abusive*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, 1, 39.

(29) GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: «ci risiamo»!*, cit., 43, rileva infatti che «l'esigenza della determinatezza del tasso è soddisfatta dalla univocità del riferimento all'Euribor quale indice per il calcolo degli interessi dovuti; determinatezza che non può essere, allora, messa in discussione da un eventuale successivo accertamento che il valore che quel parametro di volta in volta esprime non costituisce sempre il «vero» prezzo del denaro sul mercato interbancario secondo la legge della domanda e dell'offerta, a causa di una condotta di manipolazione del suo processo formativo».

(30) Cass., 3 maggio 2024, n. 12007, cit.

(31) PARDOLESI e PAGLIANTINI, op. cit., 4.

(32) Per una distinzione tra errore bilaterale ed errore comune, non sempre operata in dottrina e giurisprudenza ma che spiegherebbe effetti sul piano della disciplina applicabile, cfr. PIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, 1990, 506, secondo cui un errore è *bilaterale* quando entrambi i contraenti vi siano incorsi, ma solo rispetto ad uno dei due esso spiega efficienza determinante; l'errore, invece, è *comune* quando risulterà per entrambi determinante del consenso. Così, secondo CATAUDELLA, *I contratti*, Giappichelli, 2023, 77, la diversa efficienza dell'errore sul consenso contrattuale – che si riscontra in caso di errore bilaterale – lascerebbe emergere l'esigenza di tutela dell'affidamento della parte che non è stata indotta al contratto, con conseguente rilevanza, in tal caso, del requisito della riconoscibilità. In argomento, CRISCUOLI, *Errore bilaterale, comune e reciproco*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, 1, 620.

(33) Secondo una parte della dottrina e della giurisprudenza, il differente trattamento da riservarsi al caso dell'errore comune risiederebbe nella irrilevanza della riconoscibilità: traducendosi nella conoscenza/conoscibilità della falsa rappresentazione che ha indotto la controparte alla stipulazione, tale requisito diventerebbe irrilevante nel caso di errore comune, in cui il contraente già conosce la falsa rappresentazione di controparte di guisa che verrebbe meno ogni ragione di tutela dell'affidamento: C.M. BIANCA, op. cit., 612 e, in giurisprudenza, Cass., 12 ottobre 2017, n. 23996, in *One LEGALE*; Cass., 23 marzo 2017, n. 7557, *ivi*; Cass., 12 novembre 1979, n. 5829, *ivi*. In contrario P. BARCELLONA, *Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Giuffrè, 1962, 57; DE MARTINI, *In tema di riconoscibilità dell'errore bilaterale del contratto*, in *Foro it.*, 1952, I, 431.

(34) Si tratta di argomento controverso, che rischia di creare incertezze di non poco conto sul piano pratico: vi si soffermano PARDOLESI e PAGLIANTINI, op. cit., 7, e PAGLIANTINI, *Exordium praescriptionis e rapporti di consumo: variazioni sulla prescrizione*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2021, 4, 762 ss.

(35) Quanto all'alterazione del procedimento di *fixing* dell'Euribor, GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: «ci risiamo»!*, cit., 35, rileva come la strategia a monte fosse di volta in volta diversa e non necessariamente continuativa, ben potendo concentrarsi in giornate specifiche, corrispondenti a particolari scadenze: la strategia delle banche cartelliste, rileva l'a. «era, infatti, nel senso di favorire l'invio di quotazioni che potessero spingere verso il basso il valore finale dell'Euribor, quando, nell'ambito dei derivati costituenti il portafoglio detenuto il quel momento, una o più di esse erano prevalentemente nella posizione di debitori di interessi determinati sull'Euribor e di creditori di interessi sul tasso fisso. La strategia risultava, invece, opposta, ossia cercare di influenzare verso l'alto la definizione dell'Euribor, qualora la posizione fosse stata inversa, vale a dire quando esse fossero state prevalentemente nella posizione di creditori di flussi finanziari determinati sul parametro variabile e di debitori di quelli determinati sul parametro fisso».

(36) Cfr. C.M. BIANCA, op. cit., 638 e 671; TOMMASINI e LA ROSA, *sub artt. 1441-1446*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2009, 247, secondo cui «appare logico ammettere la parzialità dell'annullabilità allorché il vizio incida su clausole accessorie o secondarie dell'atto» di guisa che «è ipotizzabile un annullamento parziale per dolo, violenza ed errore, riferibile ad una singola clausola, possibilità che va regolata dalle norme sull'annullabilità». In argomento, favorevoli ad una annullabilità parziale, cfr. TOMMASINI, voce *Annullabilità e annullamento (dir. priv.)*, in *Enc. giur.*, I, Treccani, 1988, 9. Secondo SACCO e DE NOVA, *Il contratto*, II, in *Trattato di diritto civile* diretto da Sacco, Utet, 1993, 546 e CRISCUOLI, *Precisazioni in tema di annullabilità parziale del negozio giuridico in rapporto ai vizi di volontà*, in *Riv. dir. civ.*, 1964, I, 364 ss., deve trovare applicazione analogica l'art. 1419 c.c. Contrario all'ammissibilità dell'annullabilità parziale DALMARTELLO, *Questioni in tema di annullabilità del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 22. In giurisprudenza, invocando il principio *utile per inutile non vitiatur*, favorevoli all'annullabilità parziale Cass., 10 marzo 1980, n. 1592, in *Mass. Foro it.*, 1980; Cass., 4 dicembre 1982, n. 6609, *ivi*, 1982. Il tema è stato più di recente affrontato da FONDRIESCHI, *Annullabilità parziale dell'oggetto della prestazione e adeguamento del contratto*, in *ODCC*, 2014, 1, 45 ss.; NATUCCI, *L'annullabilità parziale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, II, 5, 569 ss.

(37) Così, ROPPO, *Il contratto*, 2ª ed., in *Trattato di diritto privato* a cura di Iudica e Zatti, Giuffrè, 2011, 801.

(38) In tal senso le indicazioni provenienti dal diritto europeo, di cui al § II- 7:202 del Progetto per un quadro comune europeo (DCFR): cfr. in proposito SIRENA, F.P. PATTI, SCHULZE e ZIMMERMANN, *Diritto privato europeo - Testi di riferimento*, Giappichelli, 2017, 460. Cfr., altresì, art. 4. 105.3, *The Principles of European Contract Law*, di Ole Lando, secondo cui «quando le parti sono cadute nello stesso errore, il giudice può, su domanda di una di esse ricondurre il contratto ai termini nei quali avrebbe potuto essere concluso ove l'errore non si fosse verificato».

(39) GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, 2ª ed., Cedam, 2010, 377.

(40) DOLMETTA, op. cit., 14, il quale rileva come la sanzione della nullità interessi la clausola sugli interessi solo per il tempo esatto in cui la manipolazione si è verificata.

(41) La dottrina prevalente nega l'ammissibilità di tale categoria: cfr. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Esi, 2005, 966; ROPPO, op. cit., 750, propenso ad assimilare la vicenda a quella di una risoluzione; SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XXI, Giuffrè, 1971, 363; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9ª ed., Utet, 1999, 251; R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Jovene, 1950, 386; TOMMASINI, voce *Nullità*, cit., 901. In giurisprudenza, Cass., 5 aprile 2001, n. 5052, in *Foro it.*, 2001, I, 2185, ove si legge che «in luogo di incidere sulla validità del contratto, la norma sopravvenuta priva il rapporto della capacità di produrre effetti ulteriori, nel senso cioè che l'invalidità successiva, necessariamente presupponendo un atto valido a monte- che in seguito si allontana dallo schema legale- può semmai equivalere ad invalidare i negozi che ancora non hanno iniziato a produrre effetti, mentre per gli altri o resta priva di rilievo, se tutti gli effetti si sono esauriti, o si traduce in una perdita di ulteriore efficacia e cioè in un arresto della funzione negoziale dell'atto».

(42) GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, cit., 24, con riferimento ad App. Cagliari, 9 settembre 2022, n. 260, in *www.dirittobancario.it.*, ne discorre come di «mero travestimento verbale», definendola «soluzione «pudica» per non dire che il contratto diventa pro tempore nullo ma dire con altre parole la stessa cosa».

(43) Sul tema, lo studio approfondito di SALANITRO, voce *Rischio contrattuale*, in *Enc. dir., I tematici*, I, *Il contratto* (a cura di D' Amico), Giuffrè, 2021, 1067.

(44) In tal senso, MACARIO, *Le sopravvenienze*, in *Trattato del contratto* diretto da Roppo, V, *Rimedi*, II (a cura di Roppo), Giuffrè, 2006, 574.

(45) MACARIO, op. cit., spec. 689 ss.

(46) Cfr. TAMPONI, *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*, in *I contratti in generale* a cura di Gabrielli, Torino, 1999, 1548.

(47) Con la precisazione che nella valutazione di quell'*interesse apprezzabile* del creditore a ricevere un adempimento parziale, al cui difetto l'art. 1464 c.c. subordina l'esercizio della facoltà di recesso, la circostanza che la manipolazione sia stata sanzionata dagli organi competenti non sembra lasciare spazio a quella logica soggettiva di valutazione dell'utilità della prestazione attesa, alla quale il recesso tipicamente risponde.

(48) In tal senso già GUIZZI, *Mercato concorrenziale e teoria del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1999, spec. 127 s.; LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti «a valle»*. *Un commento sullo stato della giurisprudenza in Italia*, cit., 390.

(49) Di «regola di equità», con riferimento al meccanismo della rettifica, DI RAIMO, *sub art. 1432*, in *Commentario del codice civile* diretto da Gabrielli, *Dei contratti in generale* (a cura di Navarretta e Orestano), IV, Utet, 2011, 133 ss., che individua nella rettifica uno strumento idoneo a risolvere «una situazione del conflitto, apertosi tra le parti in seguito al contratto annullabile, secondo una regola equitativa». In dottrina è frequente l'accostamento tra il meccanismo della rettifica del contratto viziato da errore e quello della riconduzione ad equità del contratto rescindibile: cfr. QUADRI, *La rettifica del contratto*, Milano, 1973, spec. 112, nt. 1. Sull'art. 1467 c.c. come regola di «adeguamento» del contratto, v. TAMPONI, op. cit.

(50) Cfr., in proposito, LIBERTINI, *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti «a valle»*, cit., 390.

(51) Sulla tendenza legislativa di cui nel testo, GENTILI, *I contratti usurari: tipologie e rimedi*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 3, 356. In argomento, cfr. GALGANO, *Libertà contrattuale e giustizia del contratto*, in *Contr. impr./Eur.*, 2005, 509; GENTILI, *De Jure belli: l'equilibrio del contratto nelle impugnazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, II, 1, 27 s.; ROPPO, *Giustizia contrattuale e libertà economiche: verso una revisione della teoria del contratto?*, in *Pol. dir.*, 2007, 3, 451 ss.; VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, 1, 21.

(52) SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, a cura di Castronovo e Mazzamuto, II, Giuffrè, 2007, 477. Di «nuove nullità» discorre FEDERICO, *Nuove nullità e integrazione del contratto*, in BELLAVISTA e PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, cit., 332 ss., con riferimento a casi in cui la nullità non si limiti, come nel diritto comune, a svolgere una funzione solo demolitoria.

(53) Cfr., C. SCOGNAMIGLIO, *I contratti di fideiussione a valle di intese in violazione della disciplina antitrust. Il problema dei rimedi*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2022, 3, spec. 699.

(54) In proposito, la dottrina discute sull'applicabilità dell'ordinario termine decennale ex art. 2946 c.c.: DOLMETTA, op. cit., 17, sottolinea come in tal caso non si tratterebbe di azione volta alla ripetizione di interessi per escludere il richiamo al termine quinquennale dell'art. 1948, n. 4, c.c.; in tal senso, anche GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, cit., 23, il quale sottolinea però trattarsi di soluzione opinabile. In argomento, pur se con riferimento al tema delle clausole abusive nei contratti dei consumatori, v. Corte di giustizia dell'Unione europea, Comunicato stampa n. 86/20 - Sentenza nelle cause riunite C-698/18 SC Raiffeisen

Bank SA/JB e C-699/18 BRD Groupe Société Générale SA/KCII, ove si legge che «il principio di effettività osta a che l'azione di restituzione sia soggetta a un termine di prescrizione di tre anni, decorrente indipendentemente dal fatto che il consumatore avesse o potesse ragionevolmente avere conoscenza del carattere abusivo di una clausola di detto contratto». In senso analogo la recente sentenza della C. giust., 25 gennaio 2024, causa C-810/21 a C-813/21, *Caixabank SA*, in *curia.europa.eu*.

(55) Rileva tale coincidenza, GENTILI, *Sulla tutela del cliente nel «contratto a valle» (il caso Euribor)*, cit., 28.

(56) LIBERTINI, *I contratti attuativi di intese restrittive della concorrenza*, cit., 33 s.; ID., *Gli effetti delle intese restrittive della concorrenza sui cd. contratti «a valle»*, cit., 393 ss.

(57) Nel contemplare un termine prescrizione di cinque anni, il richiamato art. 8 al contempo stabilisce che «il termine non inizia a decorrere prima che la violazione del diritto della concorrenza sia cessata e prima che l'attore sia a conoscenza o si possa ragionevolmente presumere che sia a conoscenza di tutti i seguenti elementi: a) della condotta e del fatto che tale condotta costituisce una violazione del diritto della concorrenza; b) del fatto che la violazione del diritto della concorrenza gli ha causato un danno; c) dell'identità dell'autore della violazione».

(58) C. giust., 18 aprile 2024, causa C-605/21, *Heureka Group a.s. contro Google LLC*, in *curia.europa.eu*, secondo cui «la sospensione o l'interruzione del termine di prescrizione per la durata di un'indagine della Commissione sono necessarie per consentire al danneggiato, al termine di quest'ultima, di valutare se sia stata commessa una violazione del diritto della concorrenza, di prendere conoscenza della sua portata e della sua durata e di basarsi su tale constatazione nell'ambito di un'ulteriore azione di risarcimento del danno. Per contro, poiché una persona lesa può, al fine di suffragare la sua azione per risarcimento del danno, basarsi sulle constatazioni contenute in una decisione della Commissione che non è divenuta definitiva, l'articolo 102 TFUE e il principio di effettività non richiedono che il termine di prescrizione continui ad essere sospeso fino al momento in cui la decisione della Commissione divenga definitiva».

(59) Cfr. in tal senso anche GUIZZI, *Manipolazione dell'Euribor e nullità contratti di finanziamento a tasso variabile: «ci risiamo»!*, cit., 44. Per i riferimenti alle decisioni richiamate nel testo, v. *supra*, nt. 1.

La dimensione ermeneutica del contratto di Nicolò Lipari: tra testo e contesto – *in memoriam* (1934-2024)*

di MAURO GRONDONA
Professore ordinario di Diritto privato
Università degli Studi di Genova

1. Il prof. Nicolò Lipari (scomparso, novantenne, il 31 luglio 2024) ha condotto, da più di un cinquantennio – se vogliamo fissare il *terminus a quo* nel 1968, anno nel quale venne pronunciata la famosa prolusione barese, intitolata *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)* –, una battaglia per un rinnovamento metodologico nel segno della ermeneutica giuridica e nel segno del diritto quale pratica sociale. Con una conseguenza, in primo luogo: se collochiamo il diritto all'interno della dimensione prasseologica, non c'è dubbio che il volto del diritto, i tempi in cui il diritto cambia, le modalità con cui il diritto cambia, siano molto più vicini ai contesti che non ai testi.

2. In questa sede vorrei ritornare al saggio di Lipari pubblicato nel 2006 nella «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», e intitolato «Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?» (p. 711 ss.).

Proprio nella prima pagina di questo scritto si legge che «la rottura del principio classico sulla statualità del diritto suggerisce la ricerca di itinerari nuovi per l'affermazione di modelli giuridici comuni, capaci di sottrarre ad una logica di segno esclusivamente mercantile l'imperante prospettiva della globalizzazione».

È evidente che Lipari guarda alla globalizzazione in chiave negativa, e questa chiave negativa dipende ovviamente dall'accento posto sul lato economico della globalizzazione.

Io mi permetto di rilevare, però, che l'autonomia privata e, più in generale, la libertà individuale sono fattori di emancipazione individuale e quindi di trasformazione sociale, e dunque una autonomia privata a raggio globale può certamente svolgere una funzione socialmente benefica: potenziare ed espandere la libertà delle persone (un potenziamento e una espansione, però, nella logica comunitaria e non atomistica – dunque in una logica che è al contempo competitiva e cooperativa, dato che ogni essere umano vive all'interno di un contesto di riferimento).

3. L'approccio al diritto fatto proprio da Nicolò Lipari mette l'accento sulla politicità dell'interprete, in primo luogo del giudice, ma anche del giurista teorico, così come, del resto, del giurista pratico, quando appunto avverta la dimensione politica della propria opera.

La politicità dell'interprete va di pari passo con la responsabilità sociale dell'interprete stesso, nel senso che la consapevolezza, da parte dell'interprete, di svolgere un ruolo politicamente rilevante, in chiave sociale, lo porta (o lo dovrebbe

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 28.08.2024.

portare) a una responsabilizzazione, anche qui sociale, nel senso che il lavoro dell'interprete ha una diretta incidenza sociale, cioè ha una incidenza socialmente trasformativa.

Una tale impostazione rende ovviamente discutibili quelle prospettive che guardano invece al lavoro del giurista come a una attività strettamente tecnico-applicativa, assiologicamente neutra, o neutrale. Non è così: il che non significa, ovviamente, che il perimetro del giurista sia quello del soggettivismo assiologico, dell'arbitrio assiologico, e dunque della incontrollabilità della decisione (se si pensa al giudice) o della fantasiosità (ai confini della capricciosità) della proposta teorica (se si pensa allo studioso).

Al contrario, la non neutralità assiologica dell'interprete fa sì che l'interprete sia responsabilizzato in quella delicata ma indispensabile attività intellettuale (e culturale) che costituisce il cuore del lavoro giuridico: leggere le regole giuridiche sempre alla luce dei contesti, quindi adeguando le regole ai contesti, e non viceversa.

4. Nel saggio che ho richiamato all'inizio, in tema di interpretazione e di integrazione del contratto, Nicolò Lipari si sofferma, tra l'altro, sulla delicata questione dei criteri di interpretazione del contratto.

Ora, se ci chiediamo come, oggi, il contratto venga interpretato in Italia, io direi che i criteri codicistici sono applicati dalla giurisprudenza in un modo volto a contemperare due esigenze, apparentemente contrapposte: da un lato, la tutela della libertà contrattuale, e quindi dell'autonomia privata; dall'altro lato, la difesa della giustizia contrattuale, attraverso l'intervento del giudice sul contratto, diretto a rendere il contratto, se non «giusto», quantomeno «non ingiusto».

Da un lato, infatti, la giurisprudenza ribadisce come il perno dell'interpretazione stia nelle parole utilizzate dalle parti nel testo del contratto (e questo approccio va ovviamente letto nel senso della tutela dell'autonomia privata, che si estrinseca nel testo delle clausole contrattuali); ma, dall'altro lato, la stessa giurisprudenza è anche attenta al valore della giustizia contrattuale, con, a volte, deviazioni verso l'equità contrattuale.

Ciò significa che, in questi casi e per queste esigenze, la giurisprudenza adotta un approccio interventista sul contratto, quindi contestualista, proprio per andare al di là del testo scritto, e anzi: proprio per evitare che il testo scritto possa rivelarsi uno scudo formalistico in danno della parte più debole.

È quindi chiaro che, sullo sfondo del rapporto tra interpretazione del contratto nell'ottica dell'autonomia privata e interpretazione del contratto nell'ottica della giustizia, sta la relazione sempre problematica tra testualismo contrattuale e contestualismo contrattuale.

5. La distinzione consueta, quando ci si sofferma sulle disposizioni codicistiche dedicate all'interpretazione del contratto, è tra i criteri di interpretazione di carattere soggettivo e quelli di carattere oggettivo: i primi servono a individuare la comune intenzione delle parti e i secondi servono ad attribuire un significato al contratto quando il giudice non riesce ad accertare tale comune intenzione.

Ora, dal punto di vista del testo contrattuale, il perno è l'art. 1362, che ha a oggetto appunto la comune intenzione delle parti.

Questa disposizione merita qualche parola, perché il testualismo contrattuale, da un lato, è in essa accolto, ma, dall'altro, è al tempo stesso respinto, o meglio: potremmo dire che l'art. 1362 individua un testualismo contrattuale da intendersi in senso debole, o moderato.

La disposizione è composta di due commi: nel primo comma si dice che, nell'interpretare il contratto, occorre andare alla ricerca della comune intenzione delle parti, non potendo limitarsi ad accertare il significato letterale delle parole delle clausole contrattuali.

Ecco perché ho parlato di un testualismo contrattuale in senso debole, ovvero di un testualismo contrattuale moderato: non nel senso, ovviamente, che il contenuto letterale del contratto non conta, ma nel senso che ci può non essere una perfetta coincidenza tra le parole del contratto e la volontà delle parti (e vedremo tra poco che l'espressione «volontà delle parti» va intesa più in senso economico che non psicologico).

Il secondo comma dell'art. 1362 prevede, infatti, che, per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il comportamento complessivo delle parti, quindi il comportamento da esse tenuto anche nella fase successiva al momento della conclusione del contratto – appunto nella fase della esecuzione.

Possiamo chiederci: c'è, qui, una opposizione, o almeno una tensione, tra il testo contrattuale e il contesto contrattuale, cioè la dimensione empirica dell'esecuzione? Dico «dimensione empirica» perché faccio riferimento alle condotte esecutive materialmente tenute dalle parti, appunto al di là del, e al limite anche contro il, contenuto letterale delle clausole del contratto.

La risposta varia a seconda della concezione che si adotti dell'autonomia privata.

In breve potremmo dire: se si adotta una concezione normativistica dell'autonomia privata, allora il contrasto in effetti c'è, perché tale concezione ci porta a dire che il contenuto della *lex contractus* sta tutto nelle clausole contrattuali, e dunque nel testo.

Le clausole contrattuali sono la fonte del vincolo, e dunque ogni distanziamento da esse è un distanziamento dall'autonomia privata, ed è un avvicinamento alla eteronomia, alla eterointegrazione, e quindi, anche, al governo del giudice sul contratto.

Questa, tuttavia, non è l'unica lettura possibile del rapporto tra testo contrattuale e contesto contrattuale. Si può certamente sostenere, infatti, che, se il fondamento del contratto è la volontà delle parti (una volontà intesa nella prospettiva della realizzazione del programma economico intorno al quale l'accordo si è realizzato), e se tale volontà non ha una rilevanza solamente statica (con riguardo al momento genetico), ma ha una rilevanza anche dinamica (con riguardo al momento funzionale), ecco che, allora, è la stessa volontà delle parti che, per poter effettivamente realizzare lo scopo del contratto, deve spontaneamente adattarsi al contesto concreto che progressivamente emerge e rispetto al quale le parti non possono essere indifferenti (se non altro, per una ragione economica: l'indifferenza delle parti ai mutamenti contestuali ha un costo, e questo costo va a incidere sull'intera operazione economica che il contratto rappresenta).

6. Se ragioniamo in questa prospettiva, che è appunto la concezione, per così dire, ermeneutico-contestuale nella quale si riconosce Nicolò Lipari, le condotte esecutive diverse rispetto a quanto espressamente previsto nel testo contrattuale non sono necessariamente fattori di contraddizione o, peggio, di contrasto, rispetto al testo contrattuale, ma, al contrario, possono essere necessarie (anzi, indispensabili), proprio per rimanere fedeli a una volontà delle parti che, appunto, non va ricondotta alla dimensione psicologica, ma a quella economica.

Orbene, uno dei maggiori temi di discussione, quando si parla di interpretazione del contratto è il famoso principio espresso con la formula «*in claris non fit interpretatio*».

Anche Nicolò Lipari, nel suo scritto che ho ricordato più sopra, è critico del testualismo contrattuale, e questa critica è impostata soprattutto a partire dal principio di ragionevolezza ermeneutica. E infatti proprio Lipari ha scritto, nel 2021, per il volume monografico dell'«Enciclopedia del diritto» dedicato al contratto, la voce «*Contratto e principio di ragionevolezza*».

Dicono i critici del principio «*in claris*»: questo principio non è accettabile, perché nasconde qualcosa, e a volte nasconde molto, troppo di ciò che il giudice effettivamente fa per poter condurre a termine la complessiva operazione ermeneutica.

Farei questo brevissimo commento: in un momento storico in cui, da più parti, si è appunto critici verso il concetto di fattispecie (e ciò accade in tutti gli ambiti del diritto, non solo nel diritto civile); in un momento in cui l'argomentazione per principi è sempre maggiormente diffusa, credo che ci siano buone ragioni per una difesa del testualismo contrattuale e in particolare per un'applicazione del principio «*in claris non fit interpretatio*».

Il testualismo contrattuale, o, se si preferisce, il letteralismo contrattuale, può essere uno strumento di difesa dell'autonomia privata contro quei tentativi di interpretazione del contratto eccessivamente orientati sul contesto (solitamente, per ragioni di giustizia sostanziale, andando così però contro il programma economico delle parti), e che, in questo modo, dimenticano volutamente il testo.

Si tratta, evidentemente, di un punto assai delicato (tanto in chiave teorica quanto in chiave applicativa), e quindi cerco di essere il più chiaro possibile: io non difendo affatto la visione isolazionista del contratto (il contratto contro l'ordinamento giuridico); non c'è, a mio modo di vedere, un contratto inteso come ordine giuridico dei privati separato dall'ordinamento giuridico, inteso come ordine giuridico statale.

Questa visione separatista, tra contratto e ordinamento, oggi è piuttosto debole, e lo è, soprattutto, se pensiamo alla dimensione globalizzata del diritto, che ha in sé, inevitabilmente, una tensione anche universalista.

7. Se, allora, si respinge la visione isolazionista e separatista del rapporto tra contratto e ordinamento, e se, all'opposto, si accoglie una visione cooperativa tra contratto e ordinamento, il testualismo contrattuale, e dunque l'autonomia privata che prende forma nel regolamento contrattuale, così configurando l'operazione economica, può a tutti gli effetti assumere un ruolo primario, quale fonte del diritto.

Si tratta di un altro aspetto importante e delicato.

Partiamo da un dato di fatto: il quadro delle fonti del diritto è in costante espansione (anche per ragioni metodologiche: basti pensare al crescente successo degli *empirical methods*, soprattutto in ambito statunitense; un approccio empirico al diritto significa che la regola giuridica deve necessariamente tener conto della massa di dati raccolti (al di là di ogni determinismo valutativo); dati che, se non altro, esprimono una tendenza, sociale, rispetto alla quale il diritto – inteso come legislazione, giurisprudenza, dottrina – certo non può essere indifferente). Conseguentemente, all'interno del variegato assetto delle fonti del diritto, non avrei dubbi nel ritenere che l'autonomia privata debba essere oggi massimamente valorizzata quale fattore trasformativo del diritto.

8. Qual è, allora, il punto di ricaduta di questi velocissimi rilievi rispetto al testualismo e al contestualismo contrattuale? Da quel che sin qui s'è detto, dovrebbe risultare chiaro: l'individuazione del programma economico del contratto. Un regolamento contrattuale che faccia emergere con chiarezza il complessivo senso

dell'operazione economica, a certe condizioni, diventa il contesto di sé stesso (cioè del testo).

È vero che tutto ciò porta a un aumento dei costi di transazione, ma è anche vero che, in assenza di una fase di scrupolosa analisi testuale del regolamento contrattuale, prima di considerare chiuso l'accordo, il contratto risulta depotenziato, ovvero nasce depotenziato, sia rispetto alla teoria delle fonti, sia rispetto alla possibilità, per l'autonomia privata, di costruire nel dettaglio l'operazione economica, consentendo che da essa possano poi derivare, quando e se opportuni, quegli svolgimenti che le parti non hanno previsto, e che comunque non hanno indicato nel regolamento contrattuale (qualunque ne sia stata la ragione).

L'operazione economica ha una specifica portata programmatica che deve essere valorizzata proprio nel momento in cui il testo del contratto serve quale fondamento, prima, per gli avvocati e, poi, per il giudice, di una interpretazione economicamente orientata, che vada appunto oltre il testo del contratto.

9. Mi sposto ora brevissimamente sul fronte della giustizia contrattuale e, quindi, in parallelo, sul fronte dell'interventismo giudiziario sul contratto: un interventismo che, a ben vedere, ha più volti.

Esiste una versione, piuttosto diffusa, dell'interventismo del giudice che collega strettamente l'interventismo all'eteronomia, con l'effetto per cui, da un lato, il giudice supera il testualismo contrattuale, e, dall'altro lato, l'interpretazione del contratto (anche al di là e contro il testo contrattuale) segue la strada del solidarismo contrattuale, e cioè persegue la giustizia contrattuale, ovvero la giustizia del contratto e nel contratto.

Questa impostazione, a mio modo di vedere, ha alcuni grossi limiti: il principale, direi, è che guarda contratto e ordinamento in modo, se non contrapposto, piuttosto lontano, come se il contratto fosse qualcosa di potenzialmente pericoloso per l'ordinamento, uno strumento volto a introdurre elementi perturbanti l'ordine giuridico-sociale. Ma questa è esattamente la funzione della libertà individuale, che è sempre (o molto spesso) fonte di novità, e quindi di trasformazione sociale.

Il contratto produce benefici sociali: è strumento di potenziamento sociale; è strumento di emancipazione sociale; è, quindi, strumento di rinnovamento ordinamentale.

Il che, naturalmente (ho già fatto questo rilievo più sopra), non significa che il contratto sia un ordine giuridico a sé stante, indipendente dall'ordinamento giuridico; al contrario, significa che il contratto e l'ordinamento giuridico cooperano nella linea di uno sviluppo, in primo luogo, della libertà economica, e quindi anche dello sviluppo delle potenzialità economiche insite nella libertà individuale.

Si può aggiungere il seguente rilievo: proprio perché ci troviamo all'interno di uno stato sociale di diritto si dovrebbe facilmente condividere l'idea di una costante e progressiva espansione dell'autonomia privata negoziale.

In questa prospettiva, allora, tanto il solidarismo contrattuale quanto l'interventismo giudiziale possono essere pensati (o ripensati) in chiave espansiva dell'autonomia privata. Se è questa la lettura del solidarismo contrattuale che si accetta, è evidente che il principale compito ermeneutico del giudice non sarà quello di analizzare il contratto nella prospettiva della forza o della debolezza delle parti (questo è, infatti, compito del legislatore, che lo svolgerà attraverso specifici interventi in termini di diritto privato regolatorio); piuttosto, il giudice dovrà fare il possibile perché il contratto possa realizzare lo scopo economico per il quale è sorto.

Sulla base di tali presupposti, non c'è da temere il giudice interventista.

10. Per concludere: nella prospettiva dell'interpretazione del contratto, il testo contrattuale non va visto come necessariamente contrapposto all'interventismo giudiziario, proprio perché l'autonomia privata, oggi, non va vista come necessariamente contrapposta all'eteronomia, e quindi all'ordinamento giuridico.

Ciò che sta fuori dell'ordinamento giuridico, perché sta dentro il contratto, non necessariamente è in opposizione all'ordinamento giuridico, anche quando non abbia trovato, al momento, un espresso accoglimento da parte di quest'ultimo.

E se oggi non può più dirsi, come un tempo, che tutto ciò che non è vietato è permesso, può però certamente dirsi che il rapporto tra permesso e vietato, e dunque tra autonomia e eteronomia, può essere letto alla luce del principio di precauzione, letto, però, in chiave liberale. Ovvero: se non tutto ciò che discende dall'autonomia privata è da approvare automaticamente e meccanicamente, per decidere cosa sia da approvare e cosa sia invece da reprimere è indispensabile, prima di tutto, che l'autonomia privata possa svolgersi ed esprimersi all'interno di un perimetro molto ampio.

Lo spazio dell'autonomia privata contrattuale, potenzialmente, è molto esteso, e questa estensione è appunto ciò che consente, oggi, di pensare al rapporto tra testualismo interpretativo e interventismo giudiziario in un modo non oppositivo ma cooperativo.

Per concludere. Ho cercato di rileggere l'approccio al diritto di Nicolò Lipari (un approccio di carattere contestualistico e prasseologico), difendendo il ricorso a un testualismo contrattuale che, non paradossalmente, diviene uno strumento di cui il contestualismo può servirsi per allargare gli spazi di operatività dell'autonomia privata.

Il che, forse, fa emergere anche un altro aspetto problematico, per riprendere, così, qualcuna delle critiche che sono soliti formulare gli «anti-contestualisti»: qual è la fonte di legittimazione dell'interprete, nel momento in cui dichiara di leggere il contesto, e soprattutto nel momento in cui l'interprete decide una controversia richiamandosi al contesto?

Si può rispondere, in prima battuta: la forza del contesto prevale sulla forza del testo, ma il controllo del contesto, e soprattutto la perimetrazione del contesto, si attua proprio passando per il testo.

Mutuo e deposito cauzionale tra «restituzioni» e adempimenti (riflessioni critiche a margine di Cass. 12007/2024)*

di UGO SALANITRO
Professore ordinario di Diritto privato
Università di Catania

1. La sentenza della Terza Sezione civile della Corte di cassazione del 3 maggio 2024, n. 12007, oltre a trattare la questione delle conseguenze sui contratti a valle delle intese sul tasso Euribor in violazione della disciplina antitrust (sulla quale si veda il bel commento di Elsa Bivona, in questa stessa *Rivista*), ha deciso in discontinuità il problema se il contratto di mutuo costituisca valido titolo esecutivo anche nel caso in cui risulti dallo stesso atto pubblico che la somma mutuata sia stata collocata in un deposito cauzionale della stessa banca sino alla costituzione della garanzia ipotecaria.

Secondo i giudici di legittimità, la sentenza impugnata non ha valutato se, in base al complessivo apporto negoziale emergente dall'atto pubblico fatto valere come titolo esecutivo, sussisterebbe una obbligazione del mutuatario nei confronti della banca con il carattere dell'attualità, come richiesto dalla giurisprudenza in applicazione dell'art. 474 c.p.c.; il giudice di merito si è limitato ad accertare l'erogazione della somma di denaro, seppure mediante un accredito contabile senza consegna materiale del denaro, ma non ha tenuto in considerazione che dall'atto pubblico risulta che la stessa somma di denaro attribuita con operazione contabile era stata depositata dal mutuatario in un conto corrente vincolato della stessa banca, con funzione di garanzia sino alla costituzione dell'ipoteca.

Secondo la Corte di cassazione, dall'atto pubblico letto nel suo complesso non emerge un credito attuale della banca, in quanto la somma erogata quale mutuo è stata restituita alla stessa banca quale deposito cauzionale: la somma di denaro non è quindi nella disponibilità del mutuatario, in quanto piuttosto va considerata, essendo il deposito irregolare, parte del patrimonio in proprietà della banca. Piuttosto che un credito della banca verso il mutuatario, dall'atto complessivamente considerato può configurarsi un credito del mutuatario nei confronti della banca, seppure subordinato al verificarsi di determinate circostanze ed in particolare alla costituzione dell'ipoteca.

2. I giudici di legittimità non mettono in discussione l'avvenuta erogazione del denaro preso in prestito e la conseguente stipulazione del contratto reale di mutuo¹: in questo senso, anzi, tengono fermo e confermano l'orientamento consolidato che ha

* Il presente contributo è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 03.07.2024.

sancito la validità del contratto di mutuo in cui la somma di denaro è stata erogata in forma contabile e contestualmente depositata dal mutuatario in un conto della stessa banca mutuante. Orientamento che ha già trovato espressione in Cass., 3 dicembre 2021, n. 38331 e in Cass., 7 dicembre 2021, n. 38884, proprio in relazione alla contestazione del titolo esecutivo; anche in Cass., 9 maggio 2022, n. 14683 e in Cass. 27 ottobre 2017, n. 25632, che si erano tuttavia occupate del problema della rilevanza del titolo in sede di insinuazione nel fallimento.

La Cassazione nega piuttosto la natura del contratto di mutuo quale titolo esecutivo, proprio perché l'atto notarile, oltre a dare dimostrazione della stipulazione del contratto di mutuo e della erogazione della somma di denaro, registra il contestuale deposito cauzionale della medesima somma in un conto corrente della banca, che ne acquisisce la proprietà e la disponibilità. Non vi sarebbe un credito attuale, perché la somma dovuta è già stata restituita alla banca e tale circostanza risulta dall'atto pubblico.

Trattandosi di un problema di forma processuale del titolo esecutivo, la sentenza richiede che la banca produca quale titolo esecutivo da allegare al precetto anche la quietanza successiva allo svincolo che dimostri, con atto pubblico o scrittura privata autenticata, che la somma di denaro sia stata svincolata e sia tornata nella sfera del mutuatario²: solo in tal modo, assume la Corte, risulterebbe da atti pubblici e scritture private autenticate che il debito del mutuatario sia attuale e si avrebbe perciò un titolo esecutivo idoneo a chiedere la restituzione della somma mutuata e degli interessi maturati. In tal modo la Cassazione riprende implicitamente e ad altro fine i propri precedenti, in cui a fronte di un mutuo stipulato con atto pubblico dal quale non risultava l'erogazione (qualificato quindi come promessa di mutuo), aveva ritenuto che l'atto pubblico, per valere quale titolo esecutivo, potesse essere integrato da una quietanza, redatta nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata (così Cass., 3 febbraio 1992, n. 1116; Cass., 27 agosto 2015, n. 17194; anche Cass. 27 agosto 2020, n. 6174).

Qualora non sia possibile ottenere dal mutuatario una quietanza in forma autenticata, si pone per l'istituto di credito, che intenda seguire l'orientamento della Cassazione, il problema di come agire in assenza di titolo esecutivo, dovendo passare preliminarmente per la fase del giudizio monitorio.

3. Si può dubitare che la tesi sostenuta da questa sentenza della Corte di cassazione, ancorché suggestiva, sia pienamente condivisibile.

In senso diverso si sono già espresse altre sentenze di legittimità ed in particolare la sentenza della Terza Sezione, 22 marzo 2022, n. 9229, quando osserva «è pacifico che nell'art. 2 del contratto si prevedeva la riconsegna alla mutuante dell'intera somma affinché la stessa venisse custodita in deposito cauzionale infruttifero presso la banca stessa fino all'adempimento di obbligazioni accessorie dei mutuatari; quest'ultima pattuizione, tuttavia, non determina affatto - come sostengono i ricorrenti un'erogazione fittizia o una consegna della somma soltanto apparente, bensì, in esito ad una traditio dell'importo mutuo attraverso la creazione di un titolo di disponibilità a favore del mutuatario, una immediata disposizione di quest'ultimo eseguita con la costituzione del deposito cauzionale». Tesi che riprende la parte conclusiva della analitica argomentazione che si trova nella sentenza Cass., 3 dicembre 2021, n. 38311: «avendo verificato [...] che, sulla base delle clausole negoziali contenute nel contratto di mutuo, la mutuataria aveva comunque «consegnato», tramite note contabili, la somma mutuata di

lire 15 miliardi alla società mutuante che ne aveva dato «ampia e definitiva quietanza», con il successivo pattuito ritrasferimento delle somme all'istituto bancario per la loro costituzione in deposito cauzionale infruttifero in attesa del definitivo svincolo delle stesse, entro il 30.10.95, all'atto della consegna da parte della mutuante della documentazione richiesta per la verifica da parte della mutuataria della solidità delle garanzie reali e personali promesse dalla mutuante, con la conseguenza che non risulta dubbio il trasferimento della disponibilità giuridica delle somme, tramite la «consegna» delle note contabili, in favore della mutuante che ne aveva potuto pertanto disporre negozialmente proprio tramite il ritrasferimento in favore della banca mutuataria per la costituzione del deposito cauzionale sopra menzionato».

Entrambe le sentenze, tuttavia, si soffermano sulla effettività della erogazione e non prendono in esame il punto di vista specificamente sollevato da Cass., 3 maggio 2024, n. 12007.

L'orientamento della più recente sentenza di legittimità può essere criticato da due diversi versanti.

Per un verso, si potrebbe sollevare il dubbio che la somma di denaro sia entrata nella disponibilità e nella proprietà della banca in forza del deposito cauzionale infruttifero, ritenendo che si tratti di figura atipica che non rientra nella disciplina dell'art. 1834 c.c., la quale prevede che «nei depositi di una somma di denaro presso una banca questa ne acquista la proprietà», in deroga all'art. 1782 c.c. Al riguardo si potrebbe muovere dalla ragione della deroga, la quale deriverebbe dal fatto che mentre il deposito bancario è uno strumento diretto a consentire alla banca di svolgere la propria attività imprenditoriale, sì che sarebbe anomalo un deposito privato dall'uso della cosa (o denaro) - anomalia che vi sarebbe anche dal lato del depositante per il quale il contratto è un modo per fruire di determinati servizi -, nelle altre forme di deposito ciò che rileva come oggetto di obbligazione è, prima di tutto, la custodia, per cui non sarebbe coerente consentire la disposizione dei beni depositati. Ne discende che l'estensione dell'art. 1834 c.c. al conto corrente bancario o postale³ non implica che non vi possano essere figure di contratti bancari in cui il potere di disposizione della banca sia eccentrico rispetto alla logica funzionale dell'accordo cauzionale.

Per altro verso, il credito della banca va considerato attuale, nonostante la costituzione del deposito cauzionale. Una volta assunto che la somma a mutuo sia stata erogata, il debitore è tenuto all'adempimento del contratto di mutuo, cioè alla restituzione della somma che è stata erogata al fine di estinguere il proprio debito. Il deposito cauzionale della somma da parte dello stesso mutuatario non ha la funzione di adempiere l'obbligazione restitutoria, quanto piuttosto, come hanno già osservato Cass., 22 marzo 2022, n. 9229 e Cass., 3 dicembre 2021, n. 38311, quella di disporre negozialmente della somma erogata, costituendo una garanzia in attesa della costituzione dell'ipoteca. Da questo punto di vista, l'atto pubblico registra due operazioni di trasferimento di denaro, in cui la seconda non costituisce da un punto di vista giuridico la restituzione della somma mutuata, in adempimento del contratto di mutuo, quanto piuttosto una diversa operazione negoziale in cui la stessa somma di denaro viene utilizzata per creare una cauzione. L'atto pubblico certifica pertanto la sussistenza di due obbligazioni: una del mutuatario, che è un'obbligazione attuale, in quanto la somma è stata erogata e deve essere restituita al fine di estinguere il debito contrattuale; l'altra del depositario, che non è attuale, in quanto subordinata al verificarsi delle condizioni dello svincolo. Che la stessa somma erogata sia stata utilizzata per costituire il deposito

cauzionale non fa venire meno l'attualità del debito; il mutuatario deve comunque ancora adempiere il proprio obbligo, di restituzione finalizzata all'estinzione dell'obbligo, che non può essere integrato (*rectius*, sostituito) dal trasferimento della medesima somma di denaro a fini cauzionali⁴.

La Cassazione sembra essersi fatta suggestionare dal termine «restituzione», che in questo caso non indica il contenuto dell'obbligazione del mutuatario, ma un fatto con cui si è dato vita ad un diverso negozio giuridico collegato, il deposito cauzionale: se il mutuatario, in un momento successivo all'erogazione, avesse deciso di depositare la somma di denaro ottenuta in prestito nel proprio conto corrente in vista di successivi utilizzi (ipotesi molto frequente nella prassi), il denaro sarebbe divenuto di proprietà della banca, ex art. 1834 c.c., ma da questa circostanza non sarebbero derivate ragioni per sostenere che si dovesse considerare «restituito» alla banca.

¹ Attirandosi le critiche di DOLMETTA, *Mutuo bancario «incompleto» (per inesistenza dell'obbligazione restitutoria) e titolo esecutivo*, in corso di pubblicazione (letto per la cortesia dell'Autore).

² «Che l'atto di quietanza, fatto oggetto del riscontro notarile, attenga in via diretta e immediata alla dazione di svincolo reale delle somme», precisa DOLMETTA, op. cit.

³ Si veda Cass., 27 ottobre 2020, n. 23477, in *Fall.*, 2021, 5, 644 ss., per la quale «Per il conto corrente bancario la regola appena richiamata, e divergente da quella dettata nell'art. 1782 c.c., discende pianamente dal combinato disposto delle norme dell'art. 1852 c.c. e art. 1834 c.c., comma 1, per cui nei rapporti in conto corrente la banca acquista la proprietà delle somme versate a titolo di deposito, assumendo l'obbligo di restituire, a richiesta dell'avente diritto, altrettante cose dello stesso genere».

⁴ Diversamente DOLMETTA, op. cit., per il quale a seguire il ragionamento della Corte «ne deriva in ragione filata che il rientro delle somme (a mezzo deposito irregolare) rappresenta l'atto estintivo dell'obbligazione restitutoria che è stata costituita a mezzo della contestuale dazione di somme». Ragionamento che l'illustre Autore mostra di condividere e che prova ad argomentare così: «Il punto focale sta in ciò che, per sua propria natura, un'obbligazione di restituzione può sorgere solo a seguito – e in conseguenza - di una precedente dazione, secondo quanto è consentaneo, del resto, al genere dei contratti di credito». Ma l'argomentazione si rivela fallace, come dimostrato nel testo, perché in questi casi la Corte ammette che la dazione vi sia stata con l'erogazione della somma mutuata, mentre resta da dimostrare che la contestuale costituzione di una cauzione, ancorché utilizzando la stessa somma di denaro, integri una restituzione in senso proprio, intesa quale adempimento estintivo dell'obbligo del mutuatario.

OBBLIGAZIONI

Obbligazioni pecuniarie

L'ambito di applicazione dei «super-interessi» previsti dall'art. 1284, comma 4, c.c.: l'occasione (parzialmente) persa dalle Sezioni Unite per fare chiarezza*

di FEDERICA FERRERI
Magistrato

(CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 7 maggio 2024, n. 12449; Pres. D'Ascola - Est. SCODITTI; CORTE DI CASSAZIONE, sez. un. civili, sent. 13 maggio 2024, n. 12974; Pres. D'Ascola - Est. Scoditti)

ABSTRACT

Sono state recentemente pubblicate le sentenze delle Sezioni Unite sui rinvii pregiudiziali disposti dai Tribunali di Milano e di Parma, il primo sul rapporto tra l'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata, il secondo sull'ambito applicativo dell'art. 1284, comma 4, c.c. L'articolo ripercorre sinteticamente gli orientamenti giurisprudenziali emersi ed esamina la risposta delle Sezioni Unite all'interrogativo sull'operatività dei «super interessi» direttamente in fase esecutiva. Alla luce della declaratoria di inammissibilità del secondo rinvio pregiudiziale, l'articolo tenta anche di offrire la soluzione al problema dell'applicabilità dell'art. 1284, comma 4, c.c. a tutte le obbligazioni pecuniarie, in attesa che della questione venga nuovamente investita la Corte di Cassazione.

The judgments of the Joint Sections on the preliminary referrals ordered by the Courts of Milan and Parma have recently been published, the former on the relationship between Article 1284, paragraph 4, Civil Code and enforcement, the latter on the scope of application of Article 1284, paragraph 4, Civil Code. The article briefly reviews the jurisprudential orientations that have emerged and examines the response of the United Sections to the question of the operability of «super interest» directly at the enforcement stage. In light of the declaration of inadmissibility of the second preliminary reference, the article also attempts to offer a solution to the problem of the applicability of Article 1284, paragraph 4, of the Civil Code to all pecuniary obligations, pending the Supreme Court's re-addressing of the issue.

SOMMARIO: 1. Genesi e sintesi del dibattito sull'art. 1284, commi 4 e 5, c.c.; 2. La cauta decisione delle Sezioni Unite sul rapporto fra l'art. 1284, comma 4, c.c. e il processo esecutivo; 3. Il «non liquet» delle Sezioni Unite sulla questione dell'ambito applicativo dei «super interessi»; 4. Possibili scenari futuri.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 1.10.2024.

1. Genesi e sintesi del dibattito sull'art. 1284, commi 4 e 5, c.c.

Come noto, l'art. 17, comma 1, d.l. 12 settembre 2014, n. 132 (convertito in l. 10 novembre 2014, n. 162), rubricato «*Misure per il contrasto del ritardo nei pagamenti*», ha modificato l'art. 1284 c.c. inserendovi altri due commi, il quarto e il quinto, che stabiliscono: «4. *Se le parti non ne hanno determinato la misura, dal momento in cui è proposta 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*».

Tali disposizioni fanno parte di un «pacchetto di interventi normativi dichiaratamente volti all'abbattimento dell'arretrato in materia di processo civile e a favorire la c.d. degiurisdizionalizzazione [cfr. A. ROMANO e FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità, in Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 70 ss.]. L'idea di fondo dell'art. 17 citato, esplicitata nella relazione di accompagnamento del testo normativo al Senato, è quella secondo cui, prevedendo a carico di chi resiste in giudizio interessi talmente gravosi da superare quelli usurari, il debitore sarebbe giocoforza indotto a soddisfare l'interesse del creditore e dissuaso dall'impiego dello strumento processuale per fini dilatori e per ottenere una forma di finanziamento al ribasso.

L'entrata in vigore di tale novella, che ha reso «diritto comune» il tasso moratorio maggiorato già contemplato dalla legislazione speciale, precisamente dal d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 sui ritardi nei pagamenti delle transazioni commerciali, è stata accompagnata da innumerevoli critiche. I primi commentatori hanno posto in risalto l'inadeguatezza dello strumento rispetto al fine perseguito (la riduzione del tasso di litigiosità) e l'eccessiva onerosità dei nuovi interessi moratori pendente lite che, prescindendo da un'indagine sulla mala fede o la colpa grave caratterizzanti la resistenza in giudizio, non colpisce solo il debitore che abusa dello strumento processuale ma anche quello ragionevolmente convinto delle proprie chances di vittoria in giudizio [R. PARDOLESI e B. SASSANI, *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo, in Degiurisdizionalizzazione*, cit., 66].

Negli ultimi anni, invece, l'attenzione di dottrina e giurisprudenza si è spostata dal piano dell'opportunità e della legittimità dell'art. 1284, commi 4 e 5, c.c., anche sotto il profilo del rispetto del dettato costituzionale [cfr. PROTO PISANI, *Premesse generali (e una proposta)*, in *Degiurisdizionalizzazione*, cit., 5], a quello della loro portata e sede applicativa. A distanza di un decennio dall'entrata in vigore dei due commi finali dell'art. 1284 c.c., la polemica sui «super interessi», anziché placarsi, si è quindi arricchita di nuovi spunti.

Si discute soprattutto se il quarto e il quinto comma dell'art. 1284 c.c. riguardino esclusivamente le obbligazioni contrattuali o se, al contrario, l'ambito di applicazione degli interessi maggiorati *pendente lite* sia generalizzato, cioè esteso a tutte le obbligazioni, qualunque ne sia la fonte tra quelle di cui all'art. 1173 c.c. Si dibatte altresì – meglio, si dibatteva fino allo scorso 7 maggio – su quale sia la «sede» per applicare i super-interessi di mora previsti dall'art. 1284, comma 4, c.c.: se il solo processo di cognizione o anche il processo esecutivo.

Tanto acceso si è rivelato il dibattito sviluppatosi attorno a tali questioni giuridiche che entrambe sono approdate in Cassazione, tramite lo strumento processuale di nuovo conio di cui all'art. 363 bis c.p.c. [sul rinvio pregiudiziale si rinvia a G. ROMANO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *La Magistratura*, 2023, 1, 27 ss.]. Infatti, con l'ordinanza del 25 luglio 2023 il Tribunale di Milano ha sollecitato i giudici di legittimità a dirimere la questione, squisitamente processuale, relativa al 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 e, quindi, il titolo esecutivo giudiziale contenga un'apposita statuizione di condanna al pagamento degli interessi «sanzionatori».

Il 3 agosto 2023 è stata la volta del Tribunale di Parma, che ha adito la Suprema Corte demandandole il compito di chiarire: 1) se l'art. 429, comma 3, c.p.c. - nella parte in cui stabilisce che alla condanna al pagamento di somme di denaro per crediti di lavoro debbano aggiungersi «gli interessi nella misura legale», oltre che il maggior danno eventualmente subito dal lavoratore per la diminuzione di valore del suo credito - costituisca norma speciale rispetto all'art. 1284, comma 4, c.c., da ritenersi, dunque, inapplicabile in caso di crediti di lavoro, oppure se, al contrario, il citato art. 429 c.p.c. contenga un rinvio all'art. 1284 c.c. nella sua interezza, tale da includere anche il quarto comma e così, «gli interessi legali maggiorati» a far data dalla domanda giudiziale; 2) se sia legittima l'estensione del tasso d'interesse stabilito al quarto comma dell'art. 1284 c.c. anche alle obbligazioni extracontrattuali.

2. La cauta decisione delle Sezioni Unite sul rapporto tra l'art. 1284, comma 4, c.c. e il processo esecutivo

Recentemente, a distanza ravvicinata, sono state pubblicate entrambe le sentenze con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno deciso i menzionati rinvii pregiudiziali.

Il 7 maggio 2024 è intervenuta la sentenza n. 12449 che, pronunciando sul rinvio pregiudiziale del Tribunale di Milano, ha chiarito che compete al giudice della cognizione, non anche a quello dell'esecuzione forzata, il «governo» dei super-interessi di mora. Merita anzitutto riepilogare i due orientamenti che si contendevano il campo.

Secondo l'indirizzo prevalente, tra primo e quarto comma dell'art. 1284 c.c. intercorrerebbe un rapporto di genere a specie, tale per cui, ove il giudice della cognizione ometta di indicare la misura degli interessi comminati, adoperando la generica etichetta di «interessi legali» o «di legge», potrebbe trovare applicazione la sola fattispecie generale, in quanto gli interessi «speciali» previsti al quarto comma costituiscono l'eccezione alla regola, la cui applicazione richiede l'apposito accertamento della sussistenza dei relativi presupposti [sono espressione di questo orientamento Cass., 4 agosto 2023, n. 23846; Cass., ord. 14 luglio 2023, n. 20273; Cass., 27 settembre 2017, n. 22457, tutte in *Italgivre*]. Si è poi sviluppato, specie in seno alla sezione lavoro della Corte di Cassazione, un secondo indirizzo, teso a valorizzare il ruolo del giudice dell'esecuzione. Prendendo atto dell'incremento della tendenza, anche legislativa, alla commistione tra attività cognitive ed esecutive all'interno dell'esecuzione forzata [cfr. sul tema F. DE STEFANO, G. MICCOLIS, M. MONTANARI, PILLONI e ZUFFI, *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, Giappichelli, 2020, 40 ss.], alcune pronunce di legittimità [Cass., sez. lav., ord. 20 gennaio 2021, n. 943; Cass., ord. 23 settembre 2020, n. 19906,

entrambe in *DeJure*; Cass., ord. 25 marzo 2019, n. 8289, in *Foro it.*, 2020, I, 2, 692, con nota di R. PARDOLESI e B. SASSANI, «*Abbiamo scherzato?*». *Saggio dell'interesse legale e domanda giudiziale (ovvero politica del diritto versus diritto)*, 698 ss.] hanno ritenuto che la formulazione dei commi 4 e 5 dell'art. 1284 c.c. sarebbe chiara nel predeterminare la misura degli interessi legali, nel caso in cui il credito venga riconosciuto da una sentenza a seguito di un giudizio (anche arbitrale), senza necessità di apposita precisazione del loro saggio in sentenza, sicché anche il giudice dell'esecuzione potrebbe compiere il mero calcolo aritmetico necessario per liquidare gli interessi commerciali relativamente alla durata dell'esecuzione forzata [di questo avviso B. CAPPONI, *L'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata*, pubblicato su www.judicium.it, il 24 gennaio 2023].

Le Sezioni Unite hanno scelto di dare continuità all'orientamento maggioritario, enunciando il seguente principio di diritto: «*ove il giudice disponga il pagamento degli «interessi legali» senza alcuna specificazione, deve intendersi che la misura degli interessi, decorrenti dopo la proposizione della domanda giudiziale, corrisponde al saggio previsto dall'art. 1284, comma 1, cod. civ. se manca nel titolo esecutivo giudiziale, anche sulla base di quanto risultante dalla sola motivazione, lo specifico accertamento della spettanza degli interessi, per il periodo successivo alla proposizione della domanda, secondo il saggio previsto dalla legislazione speciale relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*». A ben vedere, la sentenza si pone in controtendenza rispetto all'atteggiamento giurisprudenziale dell'ultimo decennio, mostratosi pericolosamente incline a riconoscere al giudice dell'esecuzione poteri di interpretazione e di eterointegrazione del titolo esecutivo giudiziale sempre più estesi [cfr. Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11066, in *Riv. es. forz.*, 2012, 2, 355 ss. e Cass., sez. un., 2 luglio 2012, n. 11067, *ivi*, 2013, 1, 73 ss.]. La pronuncia in commento, muovendo dalla premessa che il comma 4 dell'art. 1284 c.c. integra una fattispecie complessa, in cui alcuni elementi devono necessariamente essere oggetto di un preventivo vaglio giurisdizionale, riafferma invece che una simile, approfondita attività di accertamento non può che competere al giudice investito della cognizione sull'intera domanda giudiziale.

La Cassazione pone l'accento, soprattutto, su due elementi che devono essere oggetto di scrupolosa verifica da parte del giudice della cognizione: un elemento negativo, ovvero la mancanza di una convenzione tra le parti sulla misura degli interessi, e un elemento positivo. Il giudice deve infatti dirimere (anche) la controversia sulla spettanza degli interessi in questione, constatando che il tipo di obbligazione dedotta in giudizio sia «*suscettibile di produrre i super interessi*». La cauta opzione ermeneutica adottata dalle Sezioni Unite appare comprensibilmente orientata al raggiungimento di uno scopo pratico di non trascurabile rilevanza: evitare il proliferare di giudizi di opposizione all'esecuzione, che dilatano i tempi dell'esecuzione forzata e che spesso vertono soltanto sulla debenza e sulla misura degli interessi, chiarendo, una volta per tutte, che a fronte di un titolo giudiziale silente il creditore non può pretendere dal debitore il pagamento (anche) della sanzione di cui al comma 4 dell'art. 1284 c.c.

Tale soluzione si mostra coerente con l'opzione politica del nostro legislatore, che ha scelto la via della massima celerità ed immediatezza della procedura esecutiva e del minor numero possibile di intralci al suo completo dispiegarsi [DE PROPRIIS, *Prospettive su condanna, titolo esecutivo e sua possibile eterointegrazione*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 2, 361]. Da un punto di vista teorico, invece, la Cassazione sembra puntare ad arginare la

tendenza, alla quale essa stessa aveva dato l'abbrivo, alla contaminazione tra attività di cognizione e attività esecutiva, rifiutando quel meccanismo processuale che consente al creditore di «liquidare» unilateralmente la pretesa esecutiva, con riguardo agli interessi di mora, nell'atto di precetto.

La risposta delle Sezioni Unite appare dunque condivisibile anche sotto questo profilo [di altro avviso B. CAPPONI, op. cit.], posto che il legislatore non ha conferito al G.E. anche lo specifico potere di risolvere controversie tra creditore e debitore in punto di interessi sanzionatori, diversamente da quanto avviene, a titolo esemplificativo, in ordine alle contestazioni in sede di distribuzione (art. 512 c.p.c.), all'accertamento del credito nel pignoramento presso terzi (art. 549 c.p.c.) e alla liquidazione dell'*astreinte* (art. 614 bis, comma 2, c.p.c. nel testo modificato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149).

3. Il «*non liquet*» delle Sezioni Unite sulla questione dell'ambito applicativo dei «super interessi»

Proprio la decisione del 7 maggio 2024 sul rinvio pregiudiziale meneghino ha precluso alla Corte di Cassazione di compiere l'auspicata *actio finium regundorum* dell'art. 1284, comma 4, c.c. Con la sentenza n. 12974 del 13 maggio 2024, le Sezioni Unite hanno dovuto prendere atto del venir meno di una delle condizioni di ammissibilità del rinvio pregiudiziale del Tribunale di Parma: la rilevanza della questione di diritto per la definizione, anche parziale, del procedimento davanti al giudice *a quo* (art. 363 bis, comma 1, n. 1, c.p.c.).

Infatti, anche nella fattispecie concreta all'esame del Giudice del lavoro presso il Tribunale di Parma l'opposizione riguardava un'esecuzione preannunciata in forza di un titolo giudiziale, che aveva riconosciuto, in favore del creditore, il pagamento di interessi, senza specificazioni ulteriori. Il Tribunale di Parma dovrà pertanto uniformarsi al principio di diritto enunciato con la sentenza n. 12449 e prendere atto del riconoscimento, da parte del giudice del procedimento dichiarativo, degli interessi legali di cui al comma 1 dell'art. 1284 c.c., senza doversi e potersi interrogare sull'applicabilità del comma 4 all'indennità risarcitoria da licenziamento illegittimo e, in generale, alle obbligazioni da fatto illecito.

La declaratoria di inammissibilità (sopravvenuta) del rinvio pregiudiziale parmense, obiettivamente imposta dall'art. 363 bis c.p.c., ha lasciato sfuggire alle Sezioni Unite l'occasione per fissare i contorni applicativi dell'art. 1284, commi 4 e 5, c.c. Prima di abbozzare la possibile soluzione dell'enigma rimasto irrisolto, merita riepilogare i termini del contrasto venutosi a creare sul tema in seno a dottrina e giurisprudenza, a causa del difetto di chiarezza del testo normativo inserito nel *mare magnum* di «*misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*» licenziate nel 2014.

Secondo un primo e più tradizionale indirizzo, l'art. 1284, comma 4, c.c. può trovare applicazione ai soli debiti pecuniari di fonte contrattuale, suscettibili di produrre, in mancanza di diversa pattuizione, interessi legali ad un saggio più elevato dal giorno della domanda giudiziale, non anche alle obbligazioni derivanti dalle altre fonti elencate nell'art. 1173 c.c., che soggiacciono sine die agli interessi legali «semplici» [per tutte si vedano Cass., 7 novembre 2018, n. 28409, in *Ricerche giuridiche*, 2019, 1, 147, con nota di SICCHIERO, *Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile*, 152; sono poi espressione di tale orientamento Cass., 25 marzo 2019, n. 8289, cit., e Cass., 9 maggio 2022, n. 14512, in *Giur. it.*, 2023, 2, 325 ss., con nota di

F. GIRARDI, *La Cassazione torna sull'art. 1284, 4° comma, c.c.: un discutibile diritto da poco vivente*. A sostegno della menzionata proposta ricostruttiva sono stati invocati argomenti di carattere letterale, sistematico e teleologico.

È stato ad esempio osservato che l'incipit con cui si apre il quarto comma dell'art. 1284 c.c. – «*se le parti non ne hanno determinato la misura*» – depone per la sua applicazione alle sole obbligazioni pecuniarie di fonte contrattuale, in quanto solo rispetto a queste si può ipotizzare un preventivo accordo sul saggio di interessi da applicarsi per il caso di inadempimento. È stato poi rilevato come la determinazione della misura ad opera delle parti non possa essere letta alla stregua di una mera clausola di salvaguardia dell'autonomia privata sull'ammontare degli interessi, poiché, in questa accezione, essa costituirebbe un'inutile ripetizione dell'art. 1224, comma 1, c.c., che, analogamente, richiama l'applicazione degli interessi legali in caso di ritardo nell'adempimento, con il medesimo limite costituito dal rispetto dell'eventuale tasso convenzionale superiore.

Infine, si è detto che la funzione deflattiva e sanzionatoria sottesa all'art. 1284, comma 4, c.c. sarebbe pienamente compatibile soltanto con le obbligazioni *ex contractu*. Un più recente indirizzo [sostenuto, tra gli altri, da CARNEVALI, *Il saggio degli interessi legali pendente lite: una importante pronuncia della Cassazione*, in *Contratti*, 2023, 6, 585 ss.], richiamando argomenti tendenzialmente speculari a quelli spesi dall'orientamento maggioritario, è invece giunto a sostenere l'applicazione generalizzata degli interessi moratori in pendenza di lite [si veda per tutte Cass., ord. 3 gennaio 2023, n. 61, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1, 2024, 23, con nota di DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie: sull'ambito di applicazione dei commi finali dell'art. 1284 c.c.*, 28 ss.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 5, 1100 ss., con nota di BIVONA, *Gli interessi moratori legali su «crediti litigiosi» tra efficienza del processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, 1094 ss.; in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 3, 801 ss., con nota di CALONI, *Interessi ai sensi dell'art. 1284, comma 4, c.c. e obbligazioni di fonte non contrattuale*].

Per prima cosa, è stato osservato che il dato testuale dell'inciso di apertura del quarto comma non può ritenersi sintomatico della volontà del legislatore di circoscrivere l'applicazione della novella solo alle obbligazioni di fonte contrattuale [SICCHIERO, op. cit., 152 e BIVONA, op. cit., 1096, sottolineano entrambi che il legislatore del 1942 ha sovente adoperato, in materia di obbligazioni, si pensi all'art. 1174 c.c. o all'art. 1182 c.c., espressioni apparentemente riferibili alle sole obbligazioni di fonte contrattuale e che invece concernono anche quelle di fonte non negoziale]. Peraltro, l'accordo sulla misura degli interessi moratori non sarebbe ad esclusivo appannaggio delle obbligazioni di fonte contrattuale: infatti, è statisticamente infrequente ma giuridicamente sostenibile che un siffatto accordo possa venire concluso anche in materia di responsabilità da fatto illecito, dopo la nascita del debito e non prima di tale momento, nel senso che i soggetti dell'obbligazione *ex delicto* potrebbero pattiziamente disciplinare le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligazione risarcitoria e stabilire la misura degli interessi dovuti dal danneggiante.

La portata generale dell'art. 1284, comma 4, c.c. sarebbe confermata anche dalla collocazione sistematica della stessa nel titolo dedicato alle obbligazioni in generale e dalla lettura combinata con l'art. 1224 c.c. Infatti, quest'ultima disposizione, contrariamente a quanto sostenuto dall'indirizzo tradizionale, non può costituire un valido parametro di riferimento per individuare l'ambito di operatività dell'art. 1284,

comma 4, c.c., in quanto le due norme hanno un diverso campo applicativo: quest'ultima regola le conseguenze sugli interessi della domanda giudiziale, mentre la prima disciplina gli effetti della mora nelle obbligazioni pecuniarie prescindendo dalla fonte della stessa. In altre parole, l'art. 1224 c.c. riguarda il tasso degli interessi applicabile dal giorno della mora (che può evidentemente verificarsi anche prima del processo), invece l'art. 1284, comma 4, c.c. stabilisce il tasso applicabile al periodo successivo all'inizio del processo. La circostanza che le due disposizioni facciano salvo il patto contrario non rende l'una un doppione dell'altra e, anzi, se l'art. 1284, comma 4, c.c., quale norma speciale, non facesse nuovamente salvo il diverso accordo, dalla domanda giudiziale decorrerebbero in ogni caso interessi al saggio maggiorato senza eccezioni.

L'indirizzo in commento ha infine sostenuto che l'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. ristretta alle obbligazioni da contratto neppure si giustifica avuto riguardo alla sua finalità deflattiva del contenzioso, in quanto l'esigenza di abbattimento dell'arretrato in materia civile prescinde dalla natura dell'obbligazione dedotta in giudizio, ponendosi in termini identici sia per le obbligazioni contrattuali che per tutte le altre [R. PARDOLESI e B. SASSANI, «*Abbiamo scherzato?*», cit., 698, secondo cui la disposizione normativa, pur criticabile, non si presta all'interpretazione restrittiva proposta dall'orientamento giurisprudenziale dominante in quanto, se la *ratio* è la punizione della resistenza ad oltranza, allora l'art. 1284, comma 4 c.c. va applicato sia al debitore *iure contractus*, sia a quello *ex lege Aquilia* e finanche al responsabile per *aliae causarum figurae*]. Gli stessi argomenti, dunque, vengono utilizzati dall'una e dall'altra tesi, in modo speculare, per escludere o affermare l'applicabilità dei «super interessi» (anche) alle obbligazioni da illecito, da quasi contratto e da quasi delitto.

La giurisprudenza di legittimità ha tradizionalmente seguito la tesi restrittiva, specie in una serie di pronunce in materia di obbligo indennitario dello Stato, previsto dalla l. 24 marzo 2001, n. 89, nei casi di irragionevole durata del processo. Recentemente, la terza sezione civile ha (parzialmente) rimeditato tale orientamento con l'ordinanza n. 61 del 3 gennaio 2023, perciò divenuta celebre, nella quale ha affermato l'applicabilità degli interessi «sanzionatori» di cui al comma 4 dell'art. 1284 c.c. a tutte le obbligazioni pecuniarie, a prescindere dalla loro fonte.

4. Possibili scenari futuri

In un contesto caratterizzato da tali incertezze interpretative e in cui si contendono il campo due tesi ben argomentate e autorevolmente sostenute, è auspicabile che la questione venga presto nuovamente rimessa al giudice della nomofilachia, specie ora che la difficoltà dell'interprete è destinata ad acuirsi dopo la sentenza n. 12449 del 7 maggio 2024, che ha rammentato al giudice della cognizione l'importanza e la necessità di assumere sempre una decisione espressa in ordine alla sussistenza dei presupposti per la liquidazione degli interessi maggiorati *pendente lite* o di quelli, ben più miti, di cui all'art. 1284, comma 1, c.c.

Nell'attesa, si vuole prospettare una possibile soluzione del dibattito, di «compromesso» rispetto ai due opposti indirizzi finora emersi. Sembra a chi scrive, in effetti, che il *discrimen* tra il riconoscimento del tasso di interesse di cui al primo e quello «maggiorato» del quarto comma dell'art. 1284 c.c. sia da individuare non nella fonte dell'obbligazione ma nella liquidità o illiquidità del credito al momento dell'instaurazione della lite.

Se la *ratio* sottesa all'art. 1284, commi 4 e 5, c.c. è quella di sanzionare il debitore che resiste in giudizio al solo scopo di procrastinare il pagamento, così ottenendo un finanziamento «a ribasso», l'imposizione di interessi sanzionatori non può che presupporre la mora nel pagamento, qualificata dalla domanda giudiziale del creditore, e la soccombenza del debitore [così DE MENECH, *Interessi maggiorati in pendenza di lite. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite*, pubblicato su www.pactum.it, il 19 marzo 2024]. Tale considerazione conduce ad escludere dal campo applicativo della pena privata di cui all'art. 1284, comma 4, c.c. le obbligazioni che, a prescindere dalla fonte contrattuale o extracontrattuale, siano di incerto ammontare alla data di instaurazione della lite, essendo la relativa quantificazione demandata al giudice, con conseguente inesigibilità, a monte, della prestazione [F. GIRARDI, op. cit., 331].

L'esclusione dei debiti illiquidi dal campo applicativo dell'art. 1284, comma 4, c.c. non è preclusa dall'affermazione, ormai divenuta tralatizia nelle più recenti pronunce di legittimità [Cass., ord. 20 maggio 2024, n. 13897; Cass., ord. 22 aprile 2021, n. 10599, in *Italggiure*], secondo cui l'attuale ordinamento ripudia il principio romanistico *in illiquidis non fit mora*. Tale affermazione richiede infatti una puntualizzazione: come è stato autorevolmente sostenuto, più corretto è dire che la liquidità del credito non è un presupposto della mora, tuttavia l'illiquidità del credito può escludere la mora nei casi in cui l'indeterminatezza non sia imputabile al responsabile [C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, 3a ed., 2021, 6; F. GIRARDI, op. cit., 331].

Non si configura, cioè, un ritardo colpevole e quindi sanzionabile tutte le volte in cui la determinazione del *quantum debeatur* è rimessa ad un terzo o allo stesso creditore o quando il debitore non dispone dei dati occorrenti per procedervi. In altri termini, è vero che la mora non presuppone la liquidità del credito, in quanto il codice attribuisce di regola preminente rilievo all'esigenza di reintegrare sollecitamente il creditore per un ammanco che si determina al sorgere dell'obbligazione malgrado l'incertezza del relativo *quantum debeatur* [così DE MENECH, *Interessi maggiorati in pendenza di lite*, cit.]; nondimeno vi sono dei casi residuali in cui l'illiquidità del credito assume rilevanza ai fini dell'esclusione della colpa del debitore: quando costui ignori incolpevolmente il *quantum* effettivamente dovuto e attenda, per effettuare il pagamento, la liquidazione giudiziale, non può essere considerato in mora ad ogni effetto, anche ai fini dell'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. D'altronde, i «super interessi», al pari di ogni pena, anche privata, presuppongono la determinatezza e la prevedibilità di tutti gli elementi della fattispecie [così già DE MENECH, *Interessi maggiorati in pendenza di lite*, cit.].

A sostegno della prospettata ricostruzione milita altresì la seguente considerazione. Spesso il *decisum* risulta nettamente inferiore rispetto al *petitum* chiesto dal danneggiato; imporre al debitore, pure in questi casi, di pagare immediatamente quanto domandato dal creditore per evitare l'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c., potrebbe frustrare proprio l'esigenza di smaltimento del contenzioso sottesa all'introduzione della disposizione normativa in commento. Dopo la sentenza, il debitore si troverà infatti verosimilmente costretto ad agire a sua volta per la ripetizione di quanto versato al creditore in eccedenza rispetto all'importo liquidato dal giudice. L'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. anche alle obbligazioni illiquide ed inesigibili, in definitiva, rischia di tradursi in una sanzione per la pura e semplice resistenza in giudizio del debitore, compresa quella «giustificata» dal comportamento scorretto del creditore che mira a conseguire un indebito arricchimento, oltre al ristoro per il danno subito.

La soluzione delineata non si pone in contrasto con l'orientamento estensivo sposato dalla Corte di Cassazione con l'ordinanza n. 61 del 2023, che aveva espressamente fatto salva la possibilità per l'autorità giudiziaria 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*». La via suggerita pare anzi l'unica in grado di spiegare la ragione per cui in tale ordinanza non siano stati affatto smentiti i precedenti di legittimità in materia di obbligo di indennizzo dello Stato per l'eccessiva durata del processo, salvo accedere all'idea, priva di basi giuridiche, che la Suprema Corte abbia soltanto voluto «*evitare alla pubblica amministrazione, cioè al peggior debitore che sia dato incontrare sul mercato, di pagare davvero il suo cronico, sfrontato inadempimento*» [cfr. R. PARDOLESI e B. SASSANI, «*Abbiamo scherzato?*», cit., 698]. Peraltro, che vi siano categorie di crediti da sottrarre all'applicazione dell'art. 1284, comma 4, c.c. è implicitamente confermato dalla sentenza in commento sul divieto di eterointegrazione del titolo esecutivo in punto di interessi di mora: in parte motiva vi si legge, infatti, che il giudice della cognizione deve risolvere la controversia sulla spettanza dei super interessi considerando «*in primo luogo, la natura della fonte dell'obbligazione, la quale, in base all'art. 1173 cod. civ., può essere la più varia. Vengono in rilievo la generale distinzione fra obbligazioni contrattuali ed obbligazioni derivanti da responsabilità extracontrattuale e l'area dei crediti di lavoro (con la specifica disciplina di cui all'art. 429, comma 3, cod. civ.), ma anche, a titolo soltanto esemplificativo, una congerie di crediti, quali quelli in materia di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo di cui alla legge n. 89 del 2001, i crediti per gli alimenti (dovuti, in base all'art. 445 cod. civ., proprio dal giorno della domanda giudiziale) ed in generale i crediti derivanti da obblighi familiari, nonché, in questo quadro, i crediti non preesistenti al processo, tutti crediti, questi ultimi, per i quali può indubbiamente essere controversa la spettanza degli interessi in questione*».

Proprio la necessità di individuare le obbligazioni alle quali va assicurata una forma di immunità rispetto all'indiscriminata applicazione dei «super interessi» rafforza il giudizio di opportunità espresso, nel secondo paragrafo, sul principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite il 7 maggio scorso: è il giudice della cognizione, infatti, l'organo che dispone di tutti gli strumenti per accertare se ad un certo «tipo» di debitore di somme di denaro possa o meno applicarsi la sanzione di cui all'art. 1284, comma 4, c.c.

Bibliografia essenziale

- BIANCA C.M., *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Giuffrè, 3ª ed., 2021
- BIVONA, *Gli interessi moratori legali su «crediti litigiosi» tra efficienza del processo ed effettività della tutela giurisdizionale*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 5, 1094 ss.
- CALONI, *Interessi ai sensi dell'art. 1284, comma 4, c.c. e obbligazioni di fonte non contrattuale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2023, 3, 801 ss.
- CAPPONI B., *L'art. 1284, comma 4, c.c. e l'esecuzione forzata*, pubblicato su *www.judicium.it*, il 24 gennaio 2023
- CARNEVALI, *Il saggio degli interessi legali pendente lite: una importante pronuncia della Cassazione*, in *Contratti*, 2023, 6, 585 ss.

- DE MENECH, *Interessi moratori in pendenza di lite ed alcune specie di obbligazioni pecuniarie: sull'ambito di applicazione dei commi finali dell'art. 1284 c.c.*, in *Banca borsa tit. cred.*, II, 1, 2024, 28 ss.
- DE MENECH, *Interessi maggiorati in pendenza di lite. Riflessioni in attesa delle Sezioni Unite*, pubblicato su *www.pactum.it*, il 19 marzo 2024
- DE PROPRI, *Prospettive su condanna, titolo esecutivo e sua possibile eterointegrazione*, in *Riv. es. forz.*, 2014, 2, 343 ss.
- DE STEFANO F., MICCOLIS G., MONTANARI M., PILLONI e ZUFFI, *Recenti prospettive in tema di processo esecutivo*, Giappichelli, 2020, 40 ss.
- GIRARDI F., *La Cassazione torna sull'art. 1284, 4° comma, c.c.: un discutibile diritto da poco vivente*, *Giur. it.*, 2023, 2, 325 ss.
- PARDOLESI R. e SASSANI B., *Il decollo del tasso di interesse: processo e castigo, in Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 62 ss.
- PARDOLESI R. e SASSANI B., «Abbiamo scherzato?». *Saggio dell'interesse legale e domanda giudiziale (ovvero politica del diritto versus diritto)*, in *Foro it.*, 2020, I, 2, 698 ss.
- PROTO PISANI, *Premesse generali (e una proposta)*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 3 ss.
- ROMANO A. e FUSCHINO, *L'aumento del saggio di interesse moratorio e i suoi effetti sul tasso di litigiosità*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, l. 10 novembre 2014, n. 162)*, in *Foro it.*, 2015, V, 1, 70 ss.
- ROMANO G., *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *La Magistratura*, 2023, 1, 27 ss.
- SICCHIERO, *Limiti di applicabilità del quarto comma dell'art. 1284 c.c.: una lettura non condivisibile*, in *Ricerche Giuridiche*, 2019, 1, 151 ss

Revocatoria ordinaria

Quale dolo per la revoca di atti dispositivi anteriori all'insorgenza del credito?*

di GIULIA NOVELLI
Dottoranda di ricerca
Università di Verona

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione terza civile, ord. 27 novembre 2023, n. 32969; Pres. Sestini – Est. Graziosi)

ABSTRACT

Stanti gli orientamenti contrapposti della giurisprudenza di legittimità sulla tipologia di dolo che rende revocabile l'atto dispositivo del debitore anteriore alla nascita del credito, viene richiesto l'intervento della Prima Presidente della Corte di Cassazione.

Given the conflicting orientations in the Supreme Court's case law on the type of intent that makes dispositive acts of the debtor, prior to the existence of the claim, subject to claw-back actions (action pauliana), the intervention of the First President of the Italian Supreme Court is required.

SOMMARIO: 1. La vicenda alla base della pronuncia; 2. Brevi cenni sull'azione revocatoria; 3. I precedenti; 4. L'elemento soggettivo del debitore nelle ricostruzioni dottrinali; 5. Osservazioni conclusive.

1. La vicenda alla base della pronuncia

La Terza Sezione Civile, con l'ordinanza interlocutoria n. 32969 del 27 novembre 2023, ha richiesto l'intervento della Prima Presidente della Corte di Cassazione al fine di valutare se – nel caso in cui l'atto preordinato alla diminuzione del patrimonio sia antecedente all'insorgenza del credito – si debba configurare nel debitore la presenza del dolo generico o specifico, stanti gli orientamenti contrapposti esistenti sul punto nella giurisprudenza di legittimità.

La vicenda trae origine dal radicamento davanti al Tribunale di Roma di un'azione revocatoria ai sensi dell'art. 2901 c.c. in relazione ad una compravendita di immobile realizzata con atto pubblico di compravendita del 16 settembre 2008 e ad un atto integrativo del 6 ottobre 2008.

Il Tribunale rigettava la domanda, negando tra l'altro la sussistenza dell'elemento soggettivo della dolosa preordinazione nella condotta delle parti dei suddetti negozi.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 4.06.2024.

Parte attrice proponeva dunque appello.

La Corte d'appello di Roma accoglieva il gravame, riconoscendo la sufficienza del dolo generico come elemento soggettivo.

Parte convenuta presentava dunque ricorso in Cassazione.

Come anticipato, risultando ad oggi fortemente contrastante la giurisprudenza relativa all'elemento soggettivo da ravvisarsi nel debitore, nell'ipotesi di atto dispositivo antecedente l'insorgenza del credito, la questione veniva rimessa alla Prima Presidente.

Come si evince anche dall'ordinanza in questione, vi è infatti un orientamento più rigoroso secondo il quale, ai fini dell'esperimento dell'azione revocatoria, sarebbe necessario dimostrare la sussistenza, al momento del compimento dell'atto dispositivo, del dolo specifico consistente nella consapevole volontà di pregiudicare eventuali futuri creditori, privandoli del patrimonio aggredibile.

Secondo un altro orientamento, invece, sarebbe sufficiente il dolo generico ovvero la mera previsione del pregiudizio.

2. Brevi cenni sull'azione revocatoria

L'azione revocatoria è «*un mezzo legale di conservazione della garanzia patrimoniale consistente nel potere del creditore di rendere giudizialmente inefficaci nei suoi confronti gli atti di disposizione del patrimonio con i quali il debitore rechi pregiudizio alle sue ragioni*» [così C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 443].

Il rimedio della revocatoria rientra fra i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale, avendo la funzione di tutelare il creditore contro gli atti dispositivi che possano pregiudicarla. Oggetto della revocatoria sono invero quegli atti che comportano la perdita o la limitazione di diritti patrimoniali del debitore o l'assunzione di passività.

In merito al fondamento della norma si registrano diverse posizioni dottrinali.

Ampio seguito ha l'opinione per la quale l'azione revocatoria altro non sarebbe che l'espressione di una limitazione del potere del debitore di disporre dei suoi beni, che sarebbero gravati da un vincolo di indisponibilità a favore del creditore [così NICOLÒ, *Azione revocatoria*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1964, 213].

Un'altra corrente considera invece l'azione revocatoria una sanzione ad un illecito contrattuale consistente nella violazione dell'obbligo del debitore di non compiere atti dispositivi in pregiudizio dei creditori [così CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 2^a ed., Giuffrè, 1948, 32].

Infine, secondo altri [C.M. BIANCA, op. cit., 436; MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria*, in *IUS*, 1954, 2, 207] il fondamento della disposizione dovrebbe essere ravvisato nell'autonomo potere rimediabile attribuito dalla norma al creditore per la tutela del suo interesse alla conservazione della garanzia generica sul patrimonio del debitore.

Effetto del rimedio è quello di rendere l'atto inefficace nei confronti del creditore revocante, che sul bene oggetto dell'atto può far valere la sua garanzia. All'esperimento dell'azione revocatoria non consegue, infatti, l'annullamento o la risoluzione dell'atto pregiudizievole.

Per quanto riguarda i presupposti dell'azione, il primo a dover sussistere è il credito del revocante.

Deve poi risultare che l'atto arrechi un pregiudizio alle ragioni del creditore (*eventus damni*). Occorre, infatti, che l'atto da revocare abbia determinato o aggravato il pericolo dell'insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante.

Infine, presupposto soggettivo della revocatoria è la conoscenza del pregiudizio da parte del debitore (*scientia damni*), cioè la consapevolezza da parte sua di pregiudicare il soddisfacimento delle ragioni del creditore. Inoltre, nello specifico caso in cui l'atto di disposizione sia a titolo oneroso, tale consapevolezza deve essere provata anche in capo al terzo contraente (*participatio fraudis*).

Invece, nell'ipotesi in cui l'atto di disposizione sia anteriore al sorgere del credito, si ritiene debba esserci una dolosa preordinazione (*consilium fraudis*) del debitore – e del terzo, se l'atto di disposizione è a titolo oneroso (*participatio fraudis*) – atta a pregiudicare la soddisfazione del credito da parte del creditore.

Come anticipato, la gratuità o onerosità dell'atto incide dunque sull'estensione o non al terzo dell'accertamento dello stato soggettivo. Lo stato soggettivo del terzo risulta infatti del tutto indifferente nelle ipotesi di acquisto a titolo gratuito. Invero, acquisendo questi, in tali ipotesi, un vantaggio senza un corrispondente sacrificio, il legislatore ha ritenuto ragionevole che il suo interesse debba essere sacrificato a quello del creditore revocante che invece subirebbe un grave danno se l'atto fosse efficace. Tale *ratio* viene invece meno quando l'atto è a titolo oneroso. La revocatoria può dunque operare solo verificando anche nella sua persona la sussistenza del medesimo elemento psicologico richiesto nel debitore [così NATOLI, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 893].

3. I precedenti

In relazione alla natura dell'elemento soggettivo, per il caso in cui l'atto da revocare sia anteriore al sorgere del credito, l'ordinanza in esame ripercorre le diverse posizioni esistenti in giurisprudenza.

Un primo orientamento, tendenzialmente ancora maggioritario, della giurisprudenza, richiede che a sostenere la condotta del debitore vi sia un suo dolo specifico, consistente nella dolosa preordinazione di un intento fraudolento [Cass., 7 giugno 2023, n. 16092, in *OneLegale*; Cass., 15 novembre 2016, n. 23205, in *OneLegale*; Cass., 19 settembre 2015, n. 18315, in *OneLegale*; Cass., 20 febbraio 2015, n. 3461, in *OneLegale*; Cass., 29 maggio 2013, n. 13446, in *OneLegale*; Cass., 9 maggio 2008, n. 11577, in *OneLegale*; Cass., 21 settembre 2001, n. 11916, in *OneLegale*]. Con dolo specifico si deve, in particolare, intendere la consapevole volontà del debitore e del terzo di pregiudicare le ragioni del creditore: in sostanza la loro *calliditas*, *l'animus nocendi*, in luogo della semplice *scientia damni*.

Sulla base di questa corrente giurisprudenziale, dunque, se l'azione revocatoria ha per oggetto atti posteriori al sorgere del credito, ad integrare l'elemento soggettivo è sufficiente la semplice conoscenza nel debitore e nel terzo acquirente del pregiudizio che l'atto arreca alle ragioni del creditore. Se invece essa ha per oggetto atti anteriori al sorgere del credito, è richiesta, quale condizione per l'esercizio dell'azione revocatoria, la dolosa preordinazione dell'atto da parte del debitore al fine di compromettere il soddisfacimento del credito e, in caso di atto a titolo oneroso, la partecipazione del terzo a tale pregiudizievole programma.

Da tale impostazione deriva inoltre, come specificato anche dalla giurisprudenza [Cass., 29 maggio 2013, n. 13446, in *OneLegale*], che, proposta un'azione revocatoria ordinaria, fondata sull'assunto che il debitore abbia compiuto l'atto dispositivo prima del sorgere del debito, costituisce inammissibile mutamento della domanda la deduzione, in corso di causa, che l'atto dispositivo sia stato compiuto dopo il sorgere del debito, perché ne discenderebbe l'allargamento del *thema probandum*, dal momento che, nel primo caso, l'attore avrebbe l'onere di provare il dolo specifico del debitore e cioè la dolosa preordinazione di un intento fraudolento, mentre, nel secondo caso, egli potrebbe limitarsi a dimostrarne il solo dolo generico, cioè la generica consapevolezza di nuocere alle ragioni del creditore.

Nell'ordinanza in commento viene poi dato atto della sussistenza di un più recente e divergente filone avviato proprio dalla sentenza invocata dal giudice d'appello [Cass., 7 ottobre 2008, n. 24757, in *OneLegale*], che considera sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo il dolo generico, ossia la mera previsione, da parte del debitore, dell'insorgenza del debito, da una parte, e del pregiudizio arrecato ai creditori, dall'altra. Si specifica che con pregiudizio deve intendersi il mero pericolo dell'insufficienza del patrimonio a garantire il credito del revocante ovvero la maggiore difficoltà od incertezza nell'esazione coattiva del credito medesimo per il creditore [Cass., 23 settembre 2004, n. 19131, in *OneLegale*].

Non occorre dunque un dolo specifico, cioè la consapevole volontà del debitore di pregiudicare le ragioni del creditore, ma è sufficiente la mera consapevolezza da parte del debitore e del terzo del possibile danno che possa derivare dall'atto dispositivo.

A tale orientamento afferiscono anche Cass., 15 ottobre 2010, n. 21338, in *OneLegale*; Cass., 28 luglio 2014, n. 17096, in *OneLegale*; Cass., 27 febbraio 2023, n. 5812, in *OneLegale* e Cass., 4 settembre 2023, n. 25687, in *OneLegale*.

4. L'elemento soggettivo del debitore nelle ricostruzioni dottrinali

Con riferimento agli atti compiuti posteriormente al sorgere del credito, la dottrina ritiene che direttamente dalla lettera dell'articolo 2901 c.c. si dedurrebbe la sufficienza, ai fini dell'esperibilità dell'azione, della semplice conoscenza, da parte del debitore, del pregiudizio che l'atto medesimo è destinato ad arrecare alle ragioni creditorie [D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto privato diretto da Rescigno*, XX, 2^a ed., Utet, 1998, 178].

Con il termine pregiudizio, chiarisce la dottrina, si deve intendere il pericolo attuale e concreto di incapienza del patrimonio e non il semplice rischio di insolvenza [così C.M. BIANCA, op. cit., 443].

Si specifica altresì che deve trattarsi di conoscenza effettiva, non bastando la semplice prevedibilità [così NICOLÒ, op. cit., 213].

È pertanto necessario che risulti la coscienza di ledere il creditore nonché la previsione del danno che potrebbe derivargli. Non rileva, invece, la semplice conoscibilità di tale danno. La prevalente dottrina ritiene tuttavia che alla conoscenza del debitore vada equiparata l'ignoranza gravemente colposa di compiere un atto pregiudizievole per il creditore [*ibidem*].

A differenza di quanto sostenuto dalla giurisprudenza, però, l'elemento psicologico così delineato non deve, secondo la dottrina prevalente, necessariamente assurgere a dolo, sia pure generico [così D'ERCOLE, op. cit., 179].

Le medesime considerazioni attengono anche alla valutazione dello stato soggettivo del terzo, qualora l'atto sia oneroso [ibidem]. Si esclude però che, in quest'ultimo caso, possa rilevare anche la sua ignoranza gravemente colposa, reputata invece, come visto, sufficiente ad integrare l'elemento soggettivo richiesto per il debitore [così C.M. BIANCA, op. cit., 443].

Per quanto invece la specifica ipotesi affrontata dall'ordinanza in esame, ossia quella degli atti traslativi compiuti anteriormente alla nascita del credito, la dottrina prevalente parrebbe allineata con l'indirizzo giurisprudenziale, ad oggi ancora maggioritario, che ravvisa nel dolo specifico il contenuto dell'elemento psicologico che la norma richiede di accertare nel debitore [così D'ERCOLE, op. cit., 179]. Occorrerebbe dimostrare, infatti, che l'atto sia stato posto in essere dal futuro debitore proprio con il fine di rendere il proprio patrimonio incapiente, avuto riguardo alla successiva assunzione di obbligazione. In altre parole, l'atto del debitore deve accompagnarsi ad una preordinazione del pregiudizio al creditore a fini frodativi nonché alla previsione del futuro debito [così DE MARTINI, voce *Azione revocatoria*, in *Noviss. dig. it.*, II, Utet, 1958, 152 ss.]. L'orientamento ad oggi ancora maggioritario sarebbe anche preferibile sulla base di un'interpretazione letterale della norma nonché dell'argomento dell'intenzione del legislatore. Da una parte, infatti, l'espressione «dolosamente preordinato», di cui all'art. 2901 c.c., denoterebbe l'intento del Legislatore di subordinare la revoca degli atti anteriori al sorgere del credito alla sussistenza di un elemento soggettivo caratterizzato da maggiore intensità di quello necessario alla revoca degli atti posteriori. Dall'altra, tale conclusione sarebbe in linea con il disegno normativo del Legislatore del 1942 che ha formulato l'art. 2901, comma 1, c.c. separando le due tipologie di atti revocabili proprio per farvi corrispondere due diversi elementi soggettivi [così MUTTINI, *La «dolosa preordinazione» ex art. 2901, comma 1°, cod. civ. al cospetto delle Sezioni Unite: spunti di riflessione e proposte di soluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 3, 652 ss.].

Diversamente, qualora la valutazione dell'elemento psicologico interessi anche il terzo, è sicuramente necessario provare la sua partecipazione alla dolosa macchinazione fraudolenta del debitore, ma non al punto di dover dimostrare anche nei suoi confronti la volontà di pregiudicare i futuri creditori. Sarà piuttosto sufficiente che risulti la sua intenzione di giovare dall'atto dispositivo compiuto dal debitore, nonostante la conoscenza, da parte sua, del carattere frodativo di tale atto [così NICOLÒ, op. cit., 215].

Secondo la dottrina, l'elemento psicologico del terzo, diversamente da quello richiesto in capo al debitore, è dunque da ascrivere alla figura del dolo generico e non a quella del dolo specifico [così D'ERCOLE, op. cit., 180].

5. Osservazioni conclusive

Non è agevole prevedere di quale tenore potrà essere l'intervento della Prima Presidente della Corte di Cassazione sulla questione in oggetto e se, in particolare, essa si risolverà a rimettere la questione alle Sezioni Unite.

Da una parte, l'orientamento giurisprudenziale che ravvisa nel dolo specifico il contenuto del presupposto soggettivo per l'esperimento dell'azione revocatoria appare piuttosto consolidato e sostenuto da autorevole dottrina. Non è pertanto implausibile che la Prima Presidente possa concludere nel senso che non vi siano oggi le condizioni per

sollecitare una decisione delle Sezioni Unite sul punto, che possa essere foriera anche di una totale inversione di rotta.

Dall'altra parte, è vero, però, che l'opinione dissonante, per quanto ancora minoritaria, ha registrato negli ultimi anni un numero vieppiù crescente di adesioni nella giurisprudenza. Qualora la Prima Presidente intendesse valorizzare questa tendenza evolutiva, pur timida, potrebbe allora concretizzarsi una rimessione alle Sezioni Unite, il cui esito, non potrebbe dirsi scontato.

In effetti, il numero in aumento delle voci giurisprudenziali in contrasto con l'orientamento maggioritario e la loro collocazione cronologica in tempi relativamente recenti rappresentano due indicatori di tendenza non trascurabili, dai quali sembra emergere, negli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, quanto meno un sentimento di disagio se non la vera e propria consapevolezza dell'esigenza di rivedere, in senso meno restrittivo, la tradizionale lettura dell'art. 2901 c.c., in quanto ritenuta, in ipotesi, non più rispondente alla *ratio* della norma in questione, che, come più nel dettaglio illustrato sopra, ha, in ultima analisi, il fine di tutelare efficacemente il diritto di credito.

Se il raggiungimento di questo scopo risulta, in termini pratici, più agevolmente perseguibile ravvisando nel dolo generico – più agevole da provare del dolo specifico – il presupposto soggettivo di operatività dell'art. 2901 c.c., per l'ipotesi di atti dispositivi antecedenti alla nascita del credito, si potrebbe ritenere ragionevole optare per la soluzione interpretativa che, tra quelle astrattamente ipotizzabili, maggiormente rafforza la tutela dell'interesse del creditore, ossia appunto per quella che ritiene sufficiente la prova del presupposto del dolo generico. Oltre ad una giurisprudenza sempre più solida, non manca peraltro illustre dottrina che propende proprio per questa opzione interpretativa [in tal senso, in particolare, C.M. BIANCA, op. cit., 443, contrario all'opposta interpretazione restrittiva]. Si può inoltre aggiungere che una simile soluzione sembra anche maggiormente in linea con l'evoluzione negli ultimi anni del contesto ordinamentale che definisce gli strumenti di protezione della garanzia patrimoniale generica, evoluzione che pare, infatti, caratterizzata da una innegabile tendenza al rafforzamento della garanzia del credito. Ne sono testimonianza, tra gli altri, l'introduzione della c.d. revocatoria semplificata o *per saltum* (art. 2929-bis c.c.) nonché la previsione di numerose nuove forme di patti marciali tipici (art. 48-bis t.u.b., art. 120-quinquiesdecies t.u.b., ecc.), che implicano una significativa delimitazione dell'ambito di estensione del divieto del patto commissorio.

Bibliografia essenziale

- BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, IV-2, Giuffrè, 1955, 184 ss.
 BIANCA C.M., *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, 3^a ed., Giuffrè, 2021, 433 ss.
 CICU, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 2^a ed., Giuffrè, 1948, 25 ss.
 DE MARTINI, voce *Azione revocatoria*, in *Noviss. dig. it.*, II, Utet, 1958, 152 ss.
 D'ERCOLE, *L'azione revocatoria*, in *Trattato di diritto privato* diretto da Rescigno, XX, 2^a ed., Utet, 1998, 163 ss.
 MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Cedam, 1970
 MINOLI, *Il fondamento dell'azione revocatoria*, in *IUS*, 1954, 2, 207 ss.
 MUTTINI, *La «dolosa preordinazione» ex art. 2901, comma 1^o, cod. civ. al cospetto delle Sezioni Unite: spunti di riflessione e proposte di soluzione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 3, 652 ss.

NATOLI, voce *Azione revocatoria*, in *Enc. dir.*, IV, Giuffrè, 1959, 893 ss.

NATOLI e BIGLIAZZI GERI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale (le azioni surrogatoria e revocatoria)*, Giuffrè, 1974

NICOLÒ, *Azione revocatoria*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1964, 213 ss.

PICARO, *Revocatoria ordinaria e fallimentare*, Tipografia Fratelli Ruggieri, 1946

ROSELLI, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, Utet, 1990

RESPONSABILITÀ E RIMEDI

Azione di reintegrazione

La tutela della legittima: reintegrazione in natura o in valore?*

di DENISE GUARNIERI

Dottoranda di ricerca

Università di Verona

(CORTE DI CASSAZIONE, sezione seconda civile, ord. 6 marzo 2024, n. 5978; Pres. Di Carrato – Rel. Picaro)

ABSTRACT

La Corte di Cassazione, nella sentenza in epigrafe, ha affermato il principio di diritto per cui la reintegrazione della quota di riserva va fatta, di regola, mediante l'attribuzione dei beni già oggetto delle disposizioni lesive ridotte, non potendo essere riconosciuta al legittimario leso ovvero pretermesso la facoltà di scegliere, liberamente, di veder reintegrata la propria legittima in denaro anziché in natura. Inoltre, la Suprema Corte, nella presente pronuncia, ha ribadito che le azioni di riduzione e di divisione, pur sostanzialmente diverse, possono essere proposte cumulativamente nello stesso giudizio per ragioni di economia processuale.

The Italian Supreme Court, in this recent decision, has established that the injured forced heir (legittimario) is entitled to lay claim to the immovable asset that the deceased person (de cuius) has donated to third party before his death. Indeed, the Italian Supreme Court has ruled that the injured forced heir cannot freely choose to renounce the immovable asset in kind in order to obtain the corresponding value. In addition, the Supreme Court has reiterated that the legal actions regulated by Italian Civil Code (azione di riduzione and azione di restituzione) may be undertaken cumulatively in the same trial for reasons of procedural economy, although they are substantially different.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Una necessaria premessa: il sistema rimediale a tutela del legittimario; 3. Se il legittimario (leso ovvero pretermesso) possa scegliere la modalità di reintegrazione della quota di riserva; 4. Il cumulo tra azione di riduzione e azione di divisione: brevi cenni.

1. Il caso

Mevia, in qualità di legittimaria pretermessa, conveniva in giudizio di riduzione i fratelli Tizio e Caio, lamentando la lesione della propria quota di riserva, per aver il

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 23.09.2024.

defunto padre, quando ancora in vita, disposto di tutti i suoi beni, per il tramite di donazioni, in favore di questi ultimi.

In primo grado, in accoglimento dell'azione di riduzione *ex art. 555 c.c.*, i giudici dichiaravano inefficace la donazione da ultimo eseguita dal padre a vantaggio del figlio Tizio, da cui era derivata, per parte attrice, la lesione della propria legittima.

Più specificamente, ai fini della reintegrazione della quota di riserva di competenza di Mevia, il Tribunale di Potenza – richiamando l'art. 728 c.c., stando al quale, in materia di procedimento divisorio, l'ineguaglianza delle porzioni in natura assegnate ai coeredi è da compensare corrispondendo l'equivalente monetario – condannava Tizio, beneficiario della donazione eccessiva oramai ridotta, al pagamento di una somma di denaro in favore della sorella, poiché quest'ultima, manifestando la volontà di essere soddisfatta in termini meramente pecuniari, aveva rinunciato a conseguire la legittima in natura.

Successivamente, Tizio promuoveva appello avverso la sentenza di primo grado e denunciava «l'illegittimità dell'applicazione d'ufficio dell'art. 728 c.c.», nonché, più in generale, l'erroneità della pronunciata condanna al pagamento della somma di denaro in luogo della restituzione in natura del bene già oggetto di liberalità resa inefficace in conseguenza dell'accoglimento della domanda di riduzione *ex art. 555 c.c.*

La Corte d'Appello di Potenza rigettava l'impugnazione condannando Tizio a conferire la somma così come liquidata in giudizio di primo grado, oltre rivalutazione monetaria ed interessi, statuendo il principio generale per cui la legittima, ancorché sia da soddisfare – perlomeno di regola – in natura, possa senz'altro essere reintegrata mediante la mera corresponsione di una somma di denaro pari al valore della quota di riserva. In tale sede, la Corte d'Appello si premurava, tuttavia, di precisare come la condanna al pagamento della somma di denaro liquidata in luogo dell'assegnazione del bene dovesse, in realtà, trovare il suo fondamento normativo nel (diverso) disposto di cui all'art. 560 c.c.

Avverso la pronuncia di secondo grado veniva, successivamente, proposto ricorso per Cassazione da parte di Tizio, lamentando, tra i vari motivi di impugnazione, la violazione e falsa applicazione degli artt. 560 e 720 c.c., in materia di procedimento divisorio, per le ragioni che si andranno meglio precisando *infra*.

In particolare, la Suprema Corte accoglieva l'impugnazione, ritenendo che – essendosi esperita nel caso di specie l'azione di riduzione e non, invece, la diversa azione di divisione – la quota di riserva dovesse essere reintegrata in natura con la separazione di una parte dell'immobile donato, dando applicazione alla peculiare e specifica disciplina in materia di successione necessaria di cui all'art. 560, comma 1, c.c., non potendosi, di contro, dare attuazione (come invece asserito dai giudici di merito di primo grado) alle generali norme di cui agli artt. 720 e 728 c.c. volte a regolare il differente (e generale) procedimento di divisione ereditaria.

2. Una necessaria premessa: il sistema rimediale a tutela del legittimario

Il sistema rimediale codificato a tutela delle ragioni del riservatario leso *ex art. 536 c.c.* è, nel nostro ordinamento, particolarmente complesso.

Invero, accanto alla prodromica azione di riduzione – volta, com'è ben noto, ad ottenere l'inefficacia (relativa, nei soli confronti del legittimario istante) della disposizione testamentaria ovvero della donazione eccessiva da cui deriva la lesione della

riserva di competenza del legittimario istante – riceve disciplina una ulteriore (e successiva) azione giudiziale, vale a dire l'azione di restituzione di cui agli artt. 560 ss. c.c. In particolare, quest'ultimo rimedio giudiziale attribuisce al riservatario (che sia risultato vittorioso in riduzione) la facoltà di agire per ottenere la restituzione (in natura) dei beni già oggetto della liberalità lesiva ridotta, sicché si è soliti discorrere di tutela *reale* a beneficio degli stretti congiunti del *de cuius*.

In ordine a tale ultimo profilo, è bene ricordare che un siffatto rimedio giudiziale, diretto ad ottenere l'assegnazione di quei beni che appartenevano al *de cuius* prima che questi ne disponesse a titolo di liberalità, deve essere esperito (dal legittimario) nei confronti del donatario (quale beneficiario della donazione eseguita dall'ereditando quando ancora in vita e, successivamente, ridotta) ovvero, per il caso in cui il *donatum* sia stato da quest'ultimo alienato a terzi aventi causa, nei confronti degli acquirenti del bene medesimo, nel rispetto di quel criterio cronologico espressamente sancito all'art. 563 c.c.

In ordine a tale ultimo punto – sebbene si tratti di profilo estraneo alla casistica che ha interessato la presente pronuncia della Suprema Corte – è bene chiarire che la pretesa restitutoria può essere avanzata, dal riservatario vittorioso in riduzione, nei confronti del terzo avente causa dal donatario, al ricorrere di specifiche e determinante condizioni. La restituzione del bene in natura potrà, infatti, essere pretesa (dal riservatario) soltanto nel caso di coesistenza di un duplice presupposto, ovvero sia *i*) il beneficiario della liberalità ridotta sia stato infruttuosamente escusso e *ii*) che non siano decorsi venti anni dalla trascrizione della donazione, salvo quanto prescritto dal disposto di cui all'art. 2652 n. 8 c.c. in materia di pubblicità immobiliare [per un approfondimento circa la natura reale della tutela accordata al legittimario, si rinvia, *ex multis*, a VERDICCHIO, *La circolazione dei beni di provenienza donativa*, Esi, 2012; MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2000; BARBA, *La successione dei legittimari*, Esi, 2020].

Secondo l'opinione maggioritaria, infatti, per effetto dell'accoglimento della domanda di riduzione, il *donatum* è da considerarsi come se fosse «rientrato nel patrimonio del *de cuius* in favore del legittimario» [MENGONI, op. cit., 233], con la conseguenza per cui quest'ultimo – dovendosi considerare titolare *ex lege*, in forza della c.d. vocazione necessaria, del bene oggetto della liberalità ridotta – potrà, in qualità di proprietario del *donatum*, agire in restituzione allo scopo di recuperare il bene all'interno del proprio patrimonio e vedere, così, soddisfatta (in natura, appunto) la propria quota di legittima [per l'opinione prevalente, infatti, dalla sentenza di riduzione emerge *già* la titolarità del bene (oggetto della donazione ridotta) in capo al legittimario vittorioso: sul punto, cfr. BILARDO, *Contributo allo studio della successione necessaria*, Esi, 2021, 79; DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, 2008, 49 ss.; critico rispetto a tale ricostruzione si mostra, invece, TORRONI, *Azione di riduzione ed azione di restituzione: alcune riflessioni intorno al dogma della retroattività (sempre meno) reale dell'azione di riduzione nell'ottica della circolazione dei beni*, in *Riv. not.*, 2011, 3, 690].

Stando all'orientamento dominante, dunque, all'ordinario effetto prodotto dall'azione di riduzione (rappresentato, come si è visto, dall'inefficacia di tipo relativo della liberalità eccessiva) è da aggiungersi, per il caso in cui l'inefficacia sia totale, l'acquisto (in capo al legittimario istante) del diritto di proprietà in ordine all'immobile

già oggetto di donazione ridotta, ovvero, per il caso in cui sia parziale, la costituzione di una comunione tra il riservatario medesimo ed il beneficiario, la cui disciplina è dettata proprio dall'art. 560 c.c. [così Mengoni, op. cit., 286] sul quale la presente decisione è stata, dai giudici tanto di merito quanto di legittimità, costruita.

Guardando al disposto normativo di cui all'art. 560 c.c. è da dire che il riservatario vittorioso in riduzione ha diritto di veder reintegrata la quota di riserva di propria competenza – calcolata, com'è senz'altro noto, in forza di quella peculiare operazione aritmetica di cui all'art. 556 c.c. che prende il nome di riunione fittizia – per il tramite dell'assegnazione della parte di immobile a ciò occorrente, ove questo sia comodamente divisibile, così come prescritto dal primo comma della disposizione citata. Viceversa, ove non sia consentito procedere in siffatti termini per mancata comoda divisibilità dell'immobile, il legislatore fornisce, all'art. 560, comma 2, c.c., due criteri tra loro alternativi, «in deroga a quelli di carattere generale di cui all'art. 720 c.c.» in materia di divisione ereditaria, per poter assicurare al riservatario quanto gli compete in ragione del vincolo solidaristico che lo lega al *de cuius* [CIMMINO, *Successione necessaria: doverosa la reintegrazione in natura della quota di riserva dei legittimari*, in *Ius Familiae. Il familiarista* (DeJure), 27 aprile 2022].

Più precisamente, la norma contenuta all'art. 560 c.c. statuisce che, per il caso in cui l'immobile non sia comodamente divisibile, la modalità di soddisfacimento della riserva debba variare a seconda che il donatario abbia nell'immobile medesimo un'eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile ovvero inferiore: nel primo caso, l'immobile si dovrà lasciare per intero all'eredità e, dunque, assegnare al riservatario leso ovvero pretermesso, salvo l'obbligo di quest'ultimo di pagare, in favore del beneficiario che sia stato privato del bene in natura, il valore della porzione disponibile [così MENGONI, op. cit., 287; BUCELLI, *sub art. 560*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, diretto da Busnelli, Giuffrè, 2012, 636; PERFETTI, *Legittimari*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 2021, 430, il quale puntualizza come «i criteri della non comoda separazione e della misura dell'eccedenza del donatario maggiore del quarto della disponibile, rappresentano il limite oltre il quale non è tutelato l'interesse alla reintegra in natura»]; nel secondo caso, invece, il donatario potrà (a sua discrezione) ritenere tutto l'immobile, compensando in denaro il legittimario leso e vittorioso in riduzione.

È evidente che, nonostante la rubricazione «*riduzione del legato della donazione d'immobili*», l'art. 560 c.c., disponendo sulle modalità di concreta reintegrazione della riserva, si prefigge in realtà il compito disciplinare (non tanto l'azione di riduzione in quanto tale, quanto piuttosto) la diversa azione di restituzione che, peraltro, nel caso di specie, viene ad assumere «una funzione divisoria» vera e propria, producendo l'effetto di determinare lo scioglimento dello «stato di indivisione in cui la cosa viene a trovarsi tra il legittimario e il beneficiario della disposizione ridotta» [MENGONI, op. cit., 286; BALLERINI, «*Effetti e pubblicità dell'azione di riduzione*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 602; BUCELLI, op. cit., 636, il quale asserisce che, «nonostante il sostantivo riduzione, quel che si fa separando da un bene una sua parte è operazione divisionale»; SALA, *sub art. 560*, in *Codice delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, Confortini, Mariconda, Utet, 2015, 556; CAPOZZI, *Successioni e donazioni* a cura di Ferrucci, Ferrentino, I, Giuffrè, 5^a ed., 2023, 584].

Sulla premessa di questo quadro normativo, la pronuncia in esame si pone nel solco del tradizionale dibattito volto a comprendere quali siano i rapporti intercorrenti

tra le azioni di riduzione (e, dunque, di restituzione) e di divisione, per il caso in cui venga a costituirsi una comunione tra legittimario e beneficiario del bene oggetto di liberalità eccessiva, profili tutti questi in ordine ai quali si dirà più ampiamente *infra*.

3. Se il legittimario (leso ovvero pretermesso) possa scegliere la modalità di reintegrazione della quota di riserva

Premessi tali brevi cenni in ordine al sistema rimediale invocabile dal legittimario che risulti leso ovvero pretermesso al tempo dell'apertura della successione, è bene volgere ora lo sguardo alla questione giuridica, emersa nella pronuncia che si annota, se la protezione accordata allo stretto congiunto del *de cuius* debba esplicarsi in una tutela (necessariamente) reale ovvero se possa (e, se del caso, al ricorrere di quali presupposti) estrinsecarsi in una tutela meramente obbligatoria. Quello preso in considerazione è, peraltro, un interrogativo giuridico che assume particolare rilievo nell'attuale contesto storico, stante il rinnovato interesse per il tema della tutela dei legittimari a fronte dell'intervenuto (recente) stralcio della nota proposta – di cui all'art. 13 della bozza di Legge di bilancio per l'anno finanziario 2024 (S. 926) – finalizzata a trasformare la legittima in un mero diritto di credito vantato dal riservatario nei confronti del beneficiario della liberalità lesiva.

Più precisamente e con le parole della motivazione della pronuncia in commento, il quesito è se il legittimario possa «*optare liberamente* per la reintegrazione della quota a lui riservata tramite una somma di denaro equivalente al valore della quota medesima, anziché in natura con l'assegnazione di uno o più beni oggetto della donazione inefficace nei confronti del legittimario per lesione della quota di riserva».

Guardando più attentamente all'iter procedimentale che la vicenda in esame è stata chiamata a percorrere, è interessante segnalare come, in un primo momento, la Corte d'Appello abbia rigettato l'impugnazione proposta da parte attrice, affermando il principio per cui la legittima – ancorché venga soddisfatta, perlomeno di regola, in natura – possa senz'altro essere reintegrata mediante la mera corresponsione di una somma di denaro del valore della quota di competenza del legittimario leso, ogniqualvolta in cui *i*) non sia possibile ottenere la restituzione del bene oggetto della donazione ridotta (ad es., cfr. *sub* art. 560, comma 2, c.c.); ovvero quando, più in generale, *ii*) il riservatario abbia manifestato (senza che occorra una specifica domanda giudiziale in tal senso) la sua «disponibilità» a venir reintegrato nella propria quota di legittima per equivalente – in termini, dunque, meramente monetari – posto che un siffatto comportamento integrerebbe una (potenziale) rinuncia al soddisfacimento in natura della riserva.

Sul punto è da considerare, in primo luogo, che è proprio l'art. 560 c.c., al suo secondo comma, a prevedere la possibilità, per il legittimario leso, di ottenere la reintegrazione della propria legittima in termini meramente pecuniari, per il caso in cui l'eccedenza di cui si è detto poco sopra non superi il quarto della porzione disponibile: tuttavia, occorre precisare fin dal principio che una siffatta modalità alternativa di soddisfacimento è percorribile non già in conseguenza di una manifestazione di volontà (in siffatti termini) da parte del legittimario leso, quanto, piuttosto, per effetto di una specifica scelta compiuta dal donatario soccombente in riduzione: è soltanto a quest'ultimo «e non di certo al legittimario» [così la pronuncia in commento], infatti, che viene conferita *ex art. 560, comma 2, c.c.*, la facoltà di ritenere l'immobile oggetto della

riducenda donazione lesiva, corrispondendone l'equivalente in denaro in favore dello stretto congiunto dell'ereditando, come peraltro confermato dalla sentenza che si va annotando.

Si tenga presente, inoltre, che, come peraltro ribadito dalla Suprema Corte, a nulla varrebbe richiamare il disposto di cui all'art. 560 c.c. per giustificare l'asserita facoltà (che la Corte d'Appello avrebbe voluto, invece, accordare al riservatario) di optare liberamente per la reintegrazione in denaro della legittima: la norma da ultimo citata, infatti, al suo primo comma, prevede chiaramente che la riduzione debba avvenire mediante separazione in natura e conseguente assegnazione del bene, ogniqualvolta in cui – come del resto verificatosi nel caso di specie – l'immobile oggetto di donazione (ridotta) risulti comodamente divisibile, subordinando il legislatore le modalità di soddisfacimento alternative, tipizzate dallo stesso articolo, all'ipotesi di non comoda divisibilità del bene (secondo comma).

Tuttavia, anche per ragioni di completezza, è opportuno dare conto di quella voce dottrinale, particolarmente autorevole, che riconosce spazi di autonomia decisionale al riservatario, attribuendo a quest'ultimo la facoltà di scelta per il caso in cui il donatario *ex art. 560, 2 comma, c.c.* abbia nella cosa un'eccedenza maggiore del quarto della porzione disponibile: sebbene sia vero che, nel caso appena prospettato, sorga in capo al beneficiario l'obbligo di lasciare il bene al riservatario, tale dottrina pare ammettere che quest'ultimo possa «rifiutare l'assegnazione» se «non intende sobbarcarsi all'obbligo del conguaglio», con la conseguenza per cui, ove il beneficiario non sia disposto «a trattenere per intero la cosa, dovrà farsi luogo alla vendita all'incanto» [MENGONI, *op. cit.*, 287].

In verità, ad uno sguardo più approfondito, pare che la letteratura sia costante nel ravvisare nel *complessivo* disposto di cui all'art. 560 c.c. (comprensivo, altresì, del primo comma, dunque) una norma meramente dispositiva «suscettibile di essere derogata da un diverso accordo tra beneficiario della disposizione lesiva e legittimario leso e che è, pertanto, destinata ad applicarsi in assenza o in difetto» di una loro diversa volontà [TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, Giuffrè, 2009, 576. Affermano che i criteri posti dall'art. 560 c.c. esplicano «mere facoltà e non obblighi», altresì, CAPOZZI, *op. cit.*, 586; FERRI, *Dei legittimari*, in *Codice Civile. Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 2^a ed., 1981, 225; SCALERA, *sub art. 560*, in *Commentario breve al diritto della famiglia* diretto da Zaccaria, 4^a ed., 2020, Milano, 1190; BARBA, *sub art. 560*, in *Codice delle successioni e donazioni* a cura di Sesta, in coordinamento con Novella Bugetti, Giuffrè, 2^a ed., 2023, 499].

Ciò nonostante, è evidente, che, nel caso di specie, stante la (dichiarata) comoda divisibilità dell'immobile, la reintegrazione della legittima dovrà, comunque, avvenire in natura proprio come prescritto dall'art. 560, comma 1, c.c., atteso che tra legittimario e beneficiario della liberalità non è intercorso alcun diverso accordo, tant'è che colui che è rimasto soccombente in riduzione ha espressamente manifestato una volontà contraria in ordine alla reintegrazione in valore della quota di riserva.

Peraltro, proprio con riguardo a tale ultimo profilo, è da osservare che la ricostruzione che nega la possibilità, per il riservatario, di rinunciare alla reintegrazione della legittima in natura potrebbe essere letta, come da taluno già suggerito, in termini di una vera e propria forma di protezione in favore del beneficiario soccombente in giudizio: quest'ultimo, infatti, subendo la pronuncia di riduzione – a voler accogliere la

prospettiva in esame – non dovrebbe affatto «essere costretto, contro la sua volontà, a liquidare in denaro la lesione che il legittimario ha diritto di recuperare in natura», dovendosi dare applicazione all'art. 560, comma 1, c.c., «e ciò soprattutto nel caso in cui la reintegra in denaro risulti svantaggiosa rispetto all'ipotesi in cui la reintegra sia realizzata in natura» [CIMMINO, op. cit.; in argomento, si segnala, tra le tante, Cass., 31 luglio 2020, n. 16515, in *OneLegale*].

Inoltre, un ulteriore argomento che milita verso la soluzione per cui non è al riservatario che compete la decisione in ordine alla modalità di soddisfacimento della legittima può, perlomeno secondo il parere di chi scrive, essere implicitamente desunto dal sistema normativo nel suo complesso, e, più precisamente, dal disposto di cui all'art. 563 c.c., sopra citato.

Questa norma, come sommariamente ricordato, disciplina l'azione di restituzione esperibile, da parte del legittimario leso vittorioso in riduzione, nei confronti dei terzi aventi causa dal donatario che abbiano acquistato l'immobile già oggetto di donazione lesiva: come già evidenziato *supra*, infatti, i riservatari – qualora al tempo dell'apertura della successione, non abbiano conseguito la quota di patrimonio cui avrebbero avuto diritto (per essere stati lesi nei diritti che per legge gli competono o, addirittura, pretermessi e, dunque, esclusi dalla successione) – potrebbero, una volta ottenuta la dichiarazione di inefficacia della liberalità lesiva, pretendere la restituzione *in natura* di quanto ne costituiva l'oggetto anche da parte degli aventi causa dal donatario. Sebbene venga riconosciuta al legittimario la facoltà di avanzare una siffatta pretesta restitutoria di carattere reale, occorre tuttavia considerare che – stando a quanto disposto dall'art. 563, comma 3, c.c. – al terzo subacquirente è sempre riconosciuta la possibilità di trattenere il bene immobile (acquistato dal donatario), a condizione che se ne corrisponda l'equivalente in denaro in favore del riservatario, dando così luogo, nel concreto, ad un soddisfacimento meramente pecuniario della quota di riserva.

Ben si sarà inteso, dunque, che, anche in tale ipotesi, la scelta di optare per una modalità di reintegrazione alternativa rispetto a quella costituente la regola ordinaria viene, dal legislatore, accordata unicamente al legittimato passivo dell'azione di restituzione (ovverosia al terzo avente causa dal donatario soccombente in riduzione) e non già al legittimario in quanto tale, come, invece, la Corte d'Appello, seppur nel differente caso di specie sussumibile nel disposto di cui all'art. 560 c.c., ha tentato di affermare.

Anche alla luce di quanto appena chiarito, è da concludere che il carattere reale della tutela accordata ai riservatari non rappresenta affatto una costante nel fenomeno della successione necessaria. Tale carattere, tuttavia, può essere disapplicato soltanto alle date condizioni prescritte dal legislatore [cfr. MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 133, il quale afferma: «che l'azione possa procurare al legittimario beni in natura, non è risultato costante»].

Più in dettaglio, pare potersi senz'altro convenire che la regola è quella per cui il legittimario ha diritto di conseguire la legittima in natura (ed, invero, sono proprio le disposizioni di cui agli artt. 560, 561 e 563 c.c. ad attribuire carattere reale alla tutela accordata dal legislatore in favore degli stretti congiunti del *de cuius*), fermo restando che egli, in via soltanto *eccezionale* – al ricorrere di precisi e stabiliti presupposti normativi – potrà venire a qualificarsi quale titolare di un mero diritto (di credito) volto alla reintegrazione della quota di riserva in termini pecuniari: un credito, quest'ultimo, che, peraltro, è stato espressamente definito (dalla presente pronuncia) non di valuta,

quanto, all'opposto, di valore, sicché, nell'effettuare *l'aestimatio rei* ai fini del soddisfacimento della legittima, dovrà aversi riguardo al valore del *donatum* al tempo (non dell'apertura della successione, bensì) della sentenza giudiziale con cui viene liquidata, appunto, la somma di denaro sostitutiva del valore del bene non assegnato in natura [v., oltre alla pronuncia in commento, Cass., 25 gennaio 2017, n. 1884, in *OneLegale*; Cass., 19 marzo 2010, n. 6709, in *DeJure*; Cass., 19 maggio 2005, n. 10564, in *DeJure*].

Se si condivide il ragionamento sin qui condotto, ciò che dunque stupisce della ricostruzione fatta propria dalla Corte d'Appello (e, successivamente, opportunamente smentita dalla Suprema Corte) non è tanto l'ammissibilità, in dati casi, della reintegrazione della legittima in termini meramente monetari, quanto piuttosto che ad una siffatta conclusione si sia potuti giungere – pur in difetto di uno specifico accordo *ad hoc* tra le parti coinvolte e senza che, più in generale, ricorresse taluna delle specifiche ipotesi in cui viene espressamente contemplata, dal legislatore, la reintegrazione in valore della quota di riserva – soltanto perché il legittimario leso aveva, autonomamente, manifestato una esplicita preferenza per tale modalità di soddisfacimento della legittima.

Un'ulteriore conferma, sul piano argomentativo, della soluzione che nega efficacia dirimente alla volontà del (solo) legittimario può essere ricavata da quanto affermato dai giudici di legittimità, nella pronuncia che si sta commentando, a proposito della diversità di disciplina che intercorre fra collazione e riduzione: è infatti soltanto quest'ultima che «*obbliga* alla restituzione in natura dell'immobile donato, mentre l'altra ne consente l'imputazione di valore» [in termini analoghi si sono espresse: Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, cit.; Cass., 29 ottobre 2015, n. 22097, in *DeJure*; Cass., 10 dicembre 2021, n. 39368, in *DeJure*; nonché Cass., 10 dicembre 2020, n. 28196, in *OneLegale*, ove si è ribadito che «l'imputazione del valore dei beni è facoltà prevista per la *sola* collazione nel diverso ambito della divisione ereditaria». Per valutare la fondatezza o non di una siffatta conclusione in ordine alla distinzione che intercorre tra azione di riduzione e collazione, si rinvia, *ex multis*, a SCHIAVONE, *Oggetto di liberalità e collazione*, Napoli, 2023; ALBANESE, *Della collazione. Del pagamento dei debiti*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, 2009, nonché a BALLERINI, op. cit., 602].

4. Il cumulo tra azione di riduzione e azione di divisione: brevi cenni

Nella sentenza in epigrafe, la Suprema Corte ha altresì ribadito il costante orientamento giurisprudenziale secondo cui azione di riduzione e azione di divisione sono rimedi giudiziali senz'altro ontologicamente differenti e, tra loro, autonomi. La prima, infatti, può essere azionata unicamente dallo stretto congiunto del *de cuius* che risulti leso nei diritti che, per legge, gli competono (ovvero dai suoi eredi o aventi causa *ex art. 557 c.c.*), essendo volta – anche per il tramite dell'esperimento della successiva azione di restituzione – a conseguire la reintegrazione (in natura ovvero in valore) della legittima; viceversa, la seconda, presupponendo la qualità di erede e l'esistenza di una comunione ereditaria, mira ad ottenere lo scioglimento della stessa [Cass., 8 novembre 2023, n. 31125, in *DeJure*; Cass., 4 settembre 2020, n. 18468, in *DeJure*; Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, cit., ove si è precisato che «l'esercizio dell'azione di divisione ereditaria ha come condizione imprescindibile l'esistenza di una comunione tra gli aventi

diritto all'eredità, la quale non sussiste necessariamente nella situazione tutelabile con l'azione di reintegrazione della quota di legittima». Per un approfondimento in ordine alla divisione ereditaria, v., almeno, ASTONE, *La divisione ereditaria*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger, continuato da Busnelli, Giuffrè, 2022].

A ben vedere, la diversità sostanziale tra i due rimedi diviene evidente proprio quando si verifichi una esclusione del riservatario dalla successione (cd. pretermissione). Occorre ricordare, invero, che oltre agli effetti già sommariamente menzionati, l'azione di riduzione – per il caso in cui il riservatario sia preterito – produce altresì la conseguenza di investirlo del titolo ereditario [*ex multis*, v. Cass., 8 giugno 2012, n. 9360 e Cass., 15 giugno 2006, n. 13804, entrambe in *DeJure*], sicché il riservatario pretermesso non potrà affatto domandare la divisione se non dopo aver esercitato «con successo l'azione di riduzione delle disposizioni lesive della sua quota di riserva ed essere così divenuto partecipe della comunione dei beni ereditari» [Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, cit.].

In argomento, l'aspetto su cui la presente pronuncia si è soffermata maggiormente è quello concernente il momento cronologico in ordine alla proposizione delle domande giudiziali di cui si sta discorrendo. Sul punto, invero, è stato semplicemente ribadito il principio per cui le azioni di riduzione e di divisione – nonostante la diversità quanto a *petitum*, *causa petendi* e presupposti che ne legittimano l'applicazione – possono senz'altro essere esperite congiuntamente, nel medesimo processo, per «evidenti ragioni di economia processuale».

Ne deriva, dunque, che il riservatario, nel medesimo procedimento, potrà domandare, in via principale, la riduzione delle disposizioni testamentarie nonché delle donazioni lesive della quota di riserva e, contestualmente ed in via subordinata per il caso in cui la domanda (pregiudiziale) di riduzione venisse accolta, la divisione estesa anche a quei beni che, a seguito dell'accoglimento dell'azione di riduzione medesima, rientrano a far parte del patrimonio ereditario divisibile [Cass., 17 luglio 2019, n. 19284, in *DeJure*]. Rimane naturalmente salva, però, la possibilità per il legittimario di esercitare dapprima la sola azione di riduzione e di domandare lo scioglimento della comunione in un momento soltanto posteriore [così Cass., 8 novembre 2023, n. 31125; Cass., 17 luglio 2019, n. 19284, cit.]. I due rimedi, pertanto, sebbene sostanzialmente differenti, possono essere esercitati sia separatamente sia cumulativamente, senza che l'una domanda possa ritenersi implicitamente proposta nell'altra [ed, invero, come chiarito dalla giurisprudenza della Suprema Corte (Cass., 4 dicembre 2015, n. 24755, in *DeJure*; Cass., 23 gennaio 2007, n. 1408, in *DeJure*) la domanda di riduzione non può ritenersi implicitamente proposta con l'azione di divisione, né la domanda di divisione può ritenersi implicitamente proposta con l'azione di riduzione].

Nel ragionamento della sentenza in epigrafe, ad uno sguardo più attento, il ribadire che le due azioni giudiziali possono essere cumulativamente esperite nel medesimo assume un significato chiaro: si vuole ulteriormente sancire come, nei casi come quello in cui la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi, la comunione venutasi ad instaurare tra legittimario e donatario soccombente in riduzione è da sciogliersi nel rispetto dei criteri di cui all'art. 560 c.c. La disposizione da ultimo citata, infatti, – come già ribadito *supra*, pur essendo rubricata «riduzione della donazione d'immobili» – va, evidentemente, a disciplinare il *procedimento divisorio* «della comunione prodotta dalla riduzione di disposizioni lesive della legittima» [MENGONI, op. cit., 291]: ai sensi della norma in commento, come già chiarito, la quota di legittima deve, preferibilmente, essere

reintegrata mediante la separazione della parte del bene necessaria per garantire il soddisfacimento della riserva ereditaria. Ed, anzi, è da aggiungersi che anche per il caso in cui la reintegrazione in natura non dovesse essere possibile, stante la mancata comoda divisibilità del bene immobile già oggetto di donazione ridotta, lo scioglimento della comunione dovrà, ugualmente, avvenire in forza dei criteri (di divisione) preferenziali e speciali appositamente prescritti dall'art. 560, comma 2, c.c., in deroga a quelli di carattere generale di cui agli artt. 720 c.c. e 728 c.c. [così la sentenza in commento].

Pertanto, se è evidente che la reintegrazione della quota di riserva può essere concretamente garantita soltanto per il tramite dell'esperienza dei due strumenti di tutela in discorso – l'azione di riduzione *ex art. 555 c.c.*, da un lato, e l'azione (nella sostanza, nonostante il tenore letterale della rubrica) di restituzione-divisione *ex art. 560 c.c.*, dall'altro – alcun ostacolo, né dal punto di vista logico, né dal punto di vista giuridico, pare potersi rinvenire in ordine alla possibilità di cumulare, nel medesimo procedimento, i due rimedi giudiziali (tra di loro, evidentemente, connessi) di cui si è dato conto sino ad ora.

Bibliografia essenziale

- BALLERINI, «*Effetti e pubblicità della sentenza di riduzione*», in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 4, 599 ss.
- BARBA, *La successione dei legittimari*, Esi, 2020
- BIANCA C.M., *Diritto civile, 2.1, La famiglia*, 6^a ed., Giuffrè, 2017
- BILARDO, *Contributo allo studio della successione necessaria*, Esi, 2021
- BUCELLI, *Dei legittimari*, in *Codice civile. Commentario* fondato da Schlesinger diretto da Busnelli, Giuffrè, 2012
- CAPOZZI, *Successioni e donazioni* a cura di Ferrucci e Ferrentino, I, 5^a ed., Giuffrè, 2023
- CIMMINO, *Successione necessaria: doverosa la reintegrazione in natura della quota di riserva dei legittimari*, in *Ius Famiglie. Il familiarista (DeJure)*, 2022
- DE BELVIS, *La successione necessaria tra storia e riforme*, Esi, 2013
- DELLE MONACHE, *Successione necessaria e sistema di tutele del legittimario*, Giuffrè, 2008
- FERRI, *Dei legittimari*, 2^a ed., in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 1981
- MENGONI, *Successioni per causa di morte. Successione necessaria*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da Cicu e Messineo e continuato da Mengoni, Giuffrè, 2000
- MESSINEO, *Azione di riduzione e azione di restituzione per lesa legittima*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, 129 ss.
- MIRAGLIA, *La divisione ereditaria*, Cedam, 2006
- PERFETTI, *Legittimari*, in *Codice civile. Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 2021
- TULLIO, *L'azione di riduzione. L'imputazione ex se*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* diretto da Bonilini, III, *La successione legittima*, Giuffrè, 2009

SINGOLI CONTRATTI

Compravendita

La formazione di un contratto di compravendita internazionale e l'inclusione di condizioni generali: il problema della cosiddetta *battle of forms**

di LEONIDA GRAGNOLI
Dottore in giurisprudenza
Università di Bologna

(U.S. district Court for the Southern district of Texas, sent. 10 ottobre 2023, *NF Smith & associates, L. P. c. Karl Kruse GmbH & Co. KG*, Giudice Christina A. Bryan)

ABSTRACT

Se tra due imprese, aventi sede in Stati che abbiano aderito alla Convenzione di Vienna, è concluso un contratto di compravendita internazionale, la sua formazione è regolata dal diritto uniforme. Del pari, la Convenzione si applica nell'ipotesi in cui si controverta non sull'esistenza di un negozio, ma sull'operare delle condizioni generali, qualora, nelle trattative, entrambe le parti abbiano menzionato le rispettive clausole, con l'intento di individuare in senso opposto sia il giudice avente giurisdizione, sia la legge applicabile. Nell'ambito di operatività della Convenzione di Vienna, se, in modo contestuale a una offerta irrevocabile, il proponente faccia riferimento alle sue condizioni generali, lo scadere del termine fissato per l'accettazione impedisce la loro inclusione nel negozio. Laddove l'altra parte elabori una nuova proposta e allegghi le sue condizioni generali, in caso di conclusione dell'accordo queste sono applicabili a prescindere da qualunque precedente condotta.

Whenever an international sale agreement occurs between companies from different signatory countries of the Vienna Convention, the formation of the contract is governed by the uniform law. Similarly, the Convention applies when it is controversial not just the conclusion of the contract, but also the valid inclusion of the general conditions, if, during the negotiations, both parties have mentioned their respective terms, with the intention of regulating differently both the jurisdiction and the applicable law.

Within the scope of application of the Vienna Convention, if, by an irrevocable offer, the offeror refers to the applicability of his general conditions, the expiration of the term fixed for the acceptance prevents their inclusion in the contract. Where the other party makes a new offer and attaches his terms, should a contract be concluded, the terms operate irrespective of any prior conduct.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. La decisione statunitense e la conclusione del contratto; 3. La compatibilità della soluzione con il diritto uniforme e l'accordo sulle condizioni generali; 4. La cosiddetta *battle of forms*; 5. L'inclusione delle condizioni generali nel contratto.

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 12.07.2024.

1. Il caso

La controversia ha tratto origine dalle trattative intercorse tra una società statunitense e una tedesca per la fornitura di condensatori. Nel dicembre del 2018, la seconda impresa inoltrò alla prima una offerta. Essa era allegata a una comunicazione di posta elettronica, nella quale era fissato un termine perentorio per l'accettazione e, in particolare, erano indicate come parte integrante del futuro contratto le condizioni generali dell'alienante, rinvenibili sul suo sito *internet*. Da un lato, vi era ricompresa una clausola compromissoria inerente al deferimento delle controversie a un collegio arbitrale con sede a Zurigo; dall'altro lato, si segnalava come legge applicabile quella svizzera, con l'esclusione espressa dell'operare della Convenzione.

Solo dopo il decorso del termine, l'acquirente statunitense manifestò con un messaggio di posta elettronica il suo interesse a ricevere dei campioni del prodotto e trasmise un ordine. Nella proposta erano riportate per esteso le sue condizioni generali, con la precisazione per cui la loro efficacia era subordinata all'avvenuta esecuzione dell'ordine, così che solo allora esse sarebbero prevalse su tutte le altre previsioni menzionate nelle trattative. Tali condizioni riconoscevano l'operare della legge sostanziale dello Stato del Texas e imponevano al fornitore di adire un giudice locale, fatto salvo il potere dell'impresa statunitense di sceglierne qualunque altro, a sua discrezione. Infine, si richiedeva alla controparte di prendere visione di tali condizioni e sollevare eventuali contestazioni per iscritto, con l'avvertimento per cui, in caso contrario, le prime sarebbero state da ritenere accettate.

Oltre a questo ordine, l'impresa texana ne fece pervenire un secondo, avente a oggetto altri beni dello stesso genere. In entrambi i casi, il venditore si limitò a comunicare il suo assenso alla fornitura, ma, insieme alle merci, consegnò un documento inerente al trasporto nel quale indicò l'operare esclusivo delle sue clausole. Solo in seguito, l'acquirente venne a sapere della natura contraffatta della merce e della presenza di vizi, così che, forte della pretesa efficacia delle sue condizioni, convenne la società tedesca davanti al previsto giudice texano. L'alienante ne eccepì il difetto di giurisdizione, contestando l'operare delle relative clausole a favore di quelle da lui predisposte, compresa quella compromissoria.

2. La decisione statunitense e la conclusione del contratto

La sentenza ha preso le mosse dall'analisi della disciplina della Convenzione di Vienna del 1980 sulla compravendita internazionale. Ricorrevano tutti i presupposti oggettivi per la sua applicazione; l'accordo era stipulato tra imprese, entrambe con sede in Stati contraenti, e aveva per oggetto la vendita di beni mobili, non riconducibili alle categorie escluse, elencate nell'art. 2 [cfr. F. FERRARI, *La vendita internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXI, 2^a ed., Cedam, 2006, 224 ss.].

Non è stata di impedimento la circostanza per cui nelle condizioni generali di entrambi i contraenti emergesse la volontà di sottoporre il rapporto all'operare di una diversa legge nazionale, con l'esclusione del diritto uniforme. Ciò è consentito dall'art. 6 della Convenzione, che subordina la sua efficacia all'assenza di una diversa manifestazione di volontà [cfr. LOHMANN, *Parteiautonomie und UN-Kaufrecht*, Mohr Siebeck, 2005, 197 ss.]. Tuttavia, sebbene sia consentito optare per un differente sistema

normativo, la formazione del relativo accordo, definito di *opt-out*, è regolata dal diritto uniforme [cfr. MAGNUS, *Opting in and opting out: can there be uniform interpretation or does variatio delectat govern?*, in *Journal of law and commerce*, 2020, 38, 361 ss.]. Infatti, tale potere derogatorio consensuale è riconosciuto dalla stessa Convenzione e, perciò, si deve esplicitare nel suo rispetto [cfr. SCHROETER, *Introduction to artt. 14-24*, in *Commentary on the United Nations Convention on the international sale of goods* a cura di Schwenzer e Schroeter, 5^a ed., Oxford University Press, 2022, 279 ss.; MAGNUS, *Sub art. 6*, in *Kommentar zum bürgerliches Gesetzbuch* a cura di Staudinger, 4^a ed., Sellier De Gruyter, 2018, 176 ss.].

Come richiesto dagli artt. 14 ss. della Convenzione, ai fini della conclusione del contratto, occorre, da un lato, individuare una dichiarazione qualificabile come offerta e, dall'altro, verificarne l'accettazione [cfr. F. FERRARI, *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Commentario del codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Zanichelli, 2006, 29 ss.]. Una proposta ricorre qualora si definiscano in modo compiuto gli elementi essenziali del futuro negozio e, soprattutto, emerga l'intenzione del dichiarante di assumere un impegno vincolante [v. U.S. district Court for the Southern district of New York, 23 agosto 2016, in *Westlaw*, 2016]. Ambedue questi aspetti ricorrevano nella prima comunicazione di posta elettronica dell'impresa tedesca ed essa sarebbe stata una offerta efficace se fosse stata accettata in modo tempestivo. Invece, siccome la comunicazione dell'acquirente statunitense era pervenuta dopo lo scadere del termine indicato, non sarebbe stata da considerare come accettazione, ma come una nuova proposta, secondo la decisione in esame. Infatti, oltre agli altri elementi necessari, presentava un oggetto definito e, soprattutto, la manifestazione della consapevolezza dell'autore sulla natura vincolante dell'atto.

A fronte di tale proposta, l'impresa tedesca manifestò il suo assenso con un comportamento concludente, dal momento che adempì senza ritardo all'ordine ricevuto. L'invito dell'offerente a una consegna immediata sarebbe stato indice della sua volontà di dare corso repentino all'esecuzione dell'obbligazione e, così, l'adempimento è stato considerato sufficiente per il perfezionamento del negozio [in senso conforme, v. OGH 13 dicembre 2012, in *Internationales Handelsrecht*, 2013, 3, 114]. Per la decisione, a nulla sarebbero rilevate le condizioni generali dell'impresa tedesca, spedito al momento della consegna della merce. Esse sarebbero giunte dopo la conclusione del contratto e non nel corso delle trattative.

3. La compatibilità della soluzione con il diritto uniforme e l'accordo sulle condizioni generali

La ricostruzione offerta dalla sentenza è in linea con quanto emerge dalla Convenzione. L'interpretazione delle dichiarazioni negoziali deve avere luogo alla luce del criterio ermeneutico stabilito dall'art. 8, secondo comma; così, in caso di incertezza, deve prevalere il significato attribuito da una persona ragionevole nelle medesime circostanze. [v. U.S. district Court for the Northern district of Illinois, 31 marzo 2017, in *Internationales Handelsrecht*, 2018, 3, 110]. Se l'introduzione nell'offerta di un termine imperativo rende manifesta una compiuta volontà negoziale [v. U.S. district Court for the district of Delaware, 13 maggio 2021, in *Westlaw*, 2021; BGH 25 marzo 2015, in *Neues juristisches Wochenschrift*, 2015, 35, 2586], la proposta perde efficacia allo scadere dello stesso termine [cfr. SCHWENZER e MOHS, *Old habits die hard: traditional contract*

formation in a modern world, in *Internationales Handelsrecht*, 2006, 6, 242 ss.]. Infatti, l'art. 16, secondo comma, della Convenzione introduce una presunzione relativa per cui, laddove nell'offerta sia stabilito un termine, essa è da considerare irrevocabile, mentre, sulla scorta dell'art. 18, secondo comma, per essere efficace, l'accettazione deve pervenire al destinatario nel tempo indicato [v. U.S. district Court for the district of Colorado, 28 luglio 2015, in *CISG – online, case n. 2661*; Oberlandesgericht Frankfurt am Main, 24 marzo 2009, in *Internationales Handelsrecht*, 2010, 6, 252].

La seconda comunicazione inviata dalla società statunitense è una nuova proposta, accettata con l'esecuzione della consegna a opera dell'impresa tedesca. Anche in difetto di una adesione espressa, l'art. 18, terzo comma, della Convenzione riconosce a una condotta valore di implicita accettazione se ciò possa essere desunto dalla natura dell'offerta [cfr. S. PATTI, *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 1, 139 ss.; inoltre, v. U.S. district Court for the Southern district of Texas, 23 agosto 2016, in *CISG – online, case no. 2860*].

Il problema principale, in apparenza trascurato dalla sentenza, è la ricostruzione del contenuto negoziale. Infatti, al momento dell'esecuzione della prestazione, il venditore tedesco era convinto dell'operare delle sue condizioni generali, tanto che le trasmise con la merce, mentre ignorava l'efficacia di quelle della società statunitense, oggetto della proposta. In astratto, simile conflitto sarebbe sufficiente a impedire il perfezionamento dell'accordo secondo il diritto uniforme, improntato al criterio della cosiddetta *mirror image rule* [cfr. VAN ALSTINE, *The unified field solution to the battle of the forms under the United Nations sales Convention*, in *William and Mary law review*, 2020, 1, 240 ss.]. Nonostante l'art. 19 della Convenzione distingua tra le modificazioni alla proposta essenziali e quelle soltanto marginali, questa differenza sussiste solo in linea teorica. Nella prassi, tutte le variazioni alterano l'assetto del regolamento negoziale, in quanto impegnano gli aspetti più rilevanti delle trattative, quali il prezzo o la legge applicabile. In sostanza, la compravendita si perfeziona con l'incontro di due dichiarazioni speculari, così che il negozio deve essere il risultato di una convergenza di vedute completa. Invece, ogni modifica alla proposta equivale alla formulazione di una nuova [cfr. BORTOLOTTI, *Formazione del contratto – battle of forms*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, 2, 904 ss.].

Così, il sistema entra in crisi qualora, come in questo caso, i contraenti non si intendano e insistano per l'inclusione delle rispettive condizioni generali, tra loro incompatibili [cfr. VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror – image rule*, in *Contr. impr.*, 2010, 2, 399 ss.]. Spesso, gli operatori sottovalutano l'importanza della questione e, così, appena raggiunta l'intesa sugli aspetti essenziali, danno immediata esecuzione al contratto, senza interrogarsi sulla natura delle variazioni introdotte, come è accaduto nel caso di specie. La questione è nota con il termine di *battle of forms*. Perché si potesse rimedio a questa incertezza, sono stati elaborati due orientamenti principali, noti come *last shot approach* e *knock out approach*.

4. La cosiddetta *battle of forms*

Secondo il *last shot approach*, la soluzione dovrebbe essere ricercata negli artt. 18 e 19 della Convenzione [cfr. PERALES VISCASILLAS, *Battle of the forms under the 1980*

United Nations Convention on contracts for the international sales of goods, in *Pace international law review*, 1998, 1, 97 ss.]. Posto che ogni modificazione a una precedente proposta deve essere approvata da entrambi gli stipulanti, essi formulano tante nuove offerte quanti sono i reciproci rinvii alle rispettive condizioni generali, fino a quando l'ultima dichiarazione sia accettata per comportamenti concludenti, con l'inizio dell'esecuzione [cfr. RÜHL, *The battle of the forms: comparative and economic observations*, in *University of Pennsylvania journal of international economic law*, 2003, 1, 208 ss.]. Perciò, dovrebbero essere preferite le clausole alle quali da ultimo una parte abbia fatto riferimento e il regolamento negoziale si formerebbe sul contenuto dell'offerta subito antecedente all'esecuzione dell'accordo [cfr. PELEGGI, *Exclusion of the Vienna Convention, battle of the forms and incorporation of standard terms according to a recent decision by the U. S. District Court of the Western district of Pennsylvania*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 4, 1087 ss.].

In questo senso, il *last shot approach* rappresenta una articolazione del generale principio della ricezione, antitetico a quello della spedizione. Siccome il perfezionamento dell'intesa si individua non dal momento dell'invio dell'accettazione, ma da quello in cui acquisti efficacia, devono essere tenute in considerazione le condizioni mandate per ultime, non quelle trasmesse per prime [cfr. FRIGNANI e M. TORSELLO, *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XII, 2^a ed., Cedam, 2010, 230 ss.].

Questa tesi, accolta dalla giurisprudenza statunitense [v. U.S. Court of Appeals, 7th Circuit, 21 gennaio 2016, in *Federal Reporter, third series*, 247; U.S. district Court for the Western district of Pennsylvania, 10 settembre 2013, in *Dir. comm. int.*, 2015, 4, 1067; U.S. Court of appeals, 9th Circuit, 5 maggio 2003, in *Internationales Handelsrecht*, 2003, 6, 295], fa sorgere qualche dubbio quando il destinatario dell'offerta non si limiti a manifestare il suo assenso, ma trasmetta le sue condizioni in modo contestuale all'esecuzione della prestazione. In questo modo, si potrebbe avvantaggiare il contraente che si esprima per ultimo, poiché accetta le clausole del proponente, ma, allo stesso tempo, cerca di imporre le sue, così che, di fatto, queste opererebbero, in quanto allegate per ultime [cfr. KRÖLL e HENNECKE, *Kollidierende allgemeine Geschäftsbedingungen in internationalen Kaufverträgen*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2001, 10, 739 ss.].

Perché siano simili problemi, a questa tesi fa da contraltare quella nota come *knock out approach*, accolta dalla dottrina maggioritaria [cfr. ZELLER, *The CISG and the battle of the forms*, in *International sales law: a global challenge* a cura di Di Matteo, Cambridge University Press, 2014, 212 ss.; SCHWENZER, HACHEM e KEE, *Global sales and contract law*, Oxford University Press, 2012, 554 ss.]. Nella ricerca dell'effettiva intenzione, il riferimento ai rispettivi formulari esprimerebbe la comune volontà di dare esecuzione ai soli termini essenziali convenuti, integrati dalle condizioni di entrambe le parti, per quanto compatibili. Le altre clausole si eliderebbero e, in loro vece, opererebbero le disposizioni della Convenzione ovvero, in difetto, quelle richiamate alla stregua del diritto internazionale privato.

L'impostazione preferibile è il *knock out approach*, in quanto riesce a coniugare l'interpretazione della volontà con la valorizzazione del sistema di formazione del contratto a livello internazionale, sistema incentrato sulla speditezza delle relazioni commerciali [cfr. STEENSGAARD, *Battle of the forms under the CISG - one or more*

solutions?, in *Internationales Handelsrecht*, 2015, 3, 91 ss.]. Nel caso di specie, questa tesi non è stata presa in esame, poiché non ne ricorrevano i presupposti. Tale regola mira a risolvere casi di incertezza sull'identificazione delle condizioni efficaci e ciò presuppone che entrambe le parti si siano adoperate per renderle parte integrante del contratto, così che deve sussistere un ragionevole dubbio su quale dei due gruppi prevalga [v. Trib. Rovereto, 21 novembre 2007, in *Giur. it. rep.*, 2007]. Secondo la sentenza in esame, difetta questo aspetto; nel corso delle trattative, l'impresa statunitense non si sarebbe potuta aspettare altro se non l'efficacia delle sue clausole, in quanto le uniche richiamate in via espressa e mai contestate.

5. L'inclusione delle condizioni generali nel contratto

Nonostante la Convenzione non dedichi una disciplina specifica all'inclusione nel contratto delle condizioni generali, la questione è disciplinata dal diritto uniforme. Infatti, costituisce una fase del procedimento di formazione del negozio e, perciò, il problema deve essere risolto con il ricorso alla stessa disciplina [cfr. SCHLECHTRIEM, *Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht*, in *Festschrift für Rolf Herber zum siebzigsten Geburtstag* a cura di Thume, Luchterhand, 1999, 36 ss.]. Al riguardo, la giurisprudenza [v. BGH, 26 novembre 2020, in *Neue juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs Report*, 2021, 6, 376; OGH 31 agosto 2005, in *Internationales Handelsrecht*, 2006, 1, 31; BGH, 31 ottobre 2001, in *Neue juristische Wochenschrift*, 2002, 4, 370] ha individuato due requisiti per l'effettivo inserimento delle condizioni generali; da un lato, occorrono un espresso rinvio e una menzione della loro invocata efficacia e, dall'altro lato, il destinatario deve essere in grado di venire a conoscenza del loro contenuto.

Quanto al primo requisito, la proposta non deve riprodurre per esteso le clausole [v. Trib. Rovereto, 24 agosto 2006, in *Giur. it. rep.*, 2006], ma basta che l'intento emerga in modo chiaro e, soprattutto, sia conoscibile dalla controparte o, altrimenti, da una persona ragionevole che si trovi nelle medesime condizioni, secondo il criterio dell'art. 8 [v. U.S. district Court for the Middle district of North Carolina 17 giugno 2014, in *Federal Supplement, third series*, 2014, 496; U.S. district Court for the district of Maryland 8 febbraio 2011, in *Federal Supplement, second series*, 745]. Il secondo presupposto è soddisfatto qualora il destinatario abbia una occasione di prendere visione delle clausole. Non è sufficiente la mera possibilità astratta, ma occorre un comportamento positivo, diretto a rendere agevole la lettura del testo, tanto con il suo invio, quanto con un collegamento ipertestuale [cfr. KRUISINGA, *Contracts for the international sale of goods. Recent developments at the international and european level*, in *Dovens Schmidt quarterly*, 2014, 2, 61 ss.].

La decisione in esame argomenta in modo persuasivo sul difetto dell'inclusione delle condizioni dell'impresa tedesca. In sede di trattative, a proposito della seconda offerta, tale società non ha mai reso manifesta la volontà di assoggettare il nascente rapporto alle sue clausole. Invece, nel formulare la nuova proposta, l'impresa statunitense ha condizionato l'accettazione, divenuta palese con la consegna della merce, all'efficacia delle sole sue previsioni. Esse sono state richiamate e inserite tanto nell'ordine di pagamento trasmesso per posta elettronica, quanto negli allegati alla comunicazione, con preghiera di una loro lettura e di una pronta risposta nel caso in cui dovessero essere suggerite modificazioni. Pertanto, le clausole sono state menzionate in

via espressa ed erano accessibili in modo agevole, mentre nessuna controproposta è stata avanzata dall'impresa tedesca, che ha provveduto a dare corso alle richieste. Il richiamo successivo al momento dell'esecuzione della prestazione è tardivo.

Soprattutto, il rinvio della società tedesca al suo sito *internet* aveva per oggetto le clausole menzionate nella sua prima offerta irrevocabile, ovvero un atto divenuto inefficace e privo di effetti ulteriori. Infatti, il riferimento alle condizioni deve essere palesato nella fase precontrattuale prossima alla stipulazione, poiché non si può pretendere che rimanga attuale sebbene formulato in un momento dei negoziati risalente nel tempo [v. U.S. district Court for the district of Oregon 5 dicembre 2017, in *Internationales Handelsrecht*, 2018, 4, 152; Oberlandesgericht Jena 10 novembre 2010, in *ibid.*, 2011, 2, 80]. La tesi opposta esporrebbe ciascun contraente all'obbligo ingiustificato di prestare la massima attenzione a ogni dichiarazione altrui, obbligo non concordante con il normale svolgersi delle trattative. Al più, il fatto di allegare le proprie clausole in sede di consegna equivarrebbe a una proposta di modificazione del contratto, consentita senza vincoli di forma dall'art. 29, secondo comma, della Convenzione. Tuttavia, questa sola dichiarazione non basta ad alterare il regolamento negoziale, in quanto è necessario un accordo e, nel caso di specie, nulla è stato convenuto.

Pertanto, poiché le condizioni dell'impresa tedesca non sono state richiamate in modo rilevante, non si applica il *knock out approach*. A dire il vero, non sussistono i presupposti neppure per l'operare del *last shot approach*. Infatti, il conflitto tra condizioni generali era solo apparente. Se quelle di un unico stipulante sono incluse, non si pone il problema di stabilire quale tra le parti abbia menzionato le sue clausole per ultima. Così, una volta che sia stata accettata l'offerta, operano soltanto le condizioni ivi incluse, e di quelle altrui non vale la pena parlare. Le due impostazioni richiamate del *last shot approach* e del *knock out approach* ricorrono quando entrambi i contraenti si siano adoperati con successo per inserire le rispettive condizioni.

Bibliografia essenziale

- BORTOLOTTI, *Formazione del contratto – battle of forms*, in *Contr. impr./Eur.*, 2012, 2, 891 ss.
- FERRARI F., *Remarks on the Uncitral digest's comments on art. 6 of the United Nations Convention on the international sale of goods*, in *Journal of law and commerce*, 2006, 1, 13 ss.
- FERRARI F., *La vendita internazionale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XXI, 2^a ed., Cedam, 2006, 224 ss.
- FERRARI F., *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Commentario del codice civile a cura di Scialoja e Branca*, Zanichelli, 2006, 29 ss.
- FRIGNANI e TORSELLO M., *Il contratto internazionale. Diritto comparato e prassi commerciale in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da Galgano, XII, 2^a ed., Cedam, 2010, 230 ss.
- KRÖLL e HENNECKE, *Kollidierende allgemeine Geschäftsbedingungen in internationalen Kaufverträgen*, in *Recht der internationalen Wirtschaft*, 2001, 10, 736 ss.
- KRUISINGA, *Contracts for the international sale of goods: recent developments at the international and european level*, in *Dovens Schmidt quarterly*, 2014, 2, 58 ss.
- LOHMANN, *Parteiautonomie und UN-Kaufrecht*, Mohr Siebeck, 2005, 197 ss.
- MAGNUS, *Sub art. 6, in Kommentar zum bürgerliches Gesetzbuch a cura di Staudinger*, 4^a ed., Sellier De Gruyter, 2018, 168 ss.

- MAGNUS, *Opting in and opting out: can there be uniform interpretation or does variatio delectat govern?*, in *Journal of law and commerce*, 2020, 38, 361 ss.
- PATTI S., *Silenzio, inerzia e comportamento concludente nella Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Riv. dir. comm.*, 1991, 1, 135 ss.
- PELEGGI, *Exclusion of the Vienna Convention, battle of the forms and incorporation of standard terms according to a recent decision by the U. S. District Court of the Western district of Pennsylvania*, in *Dir. comm. int.*, 2015, 4, 1080 ss.
- PERALES VISCASILLAS, *Battle of the forms under the 1980 United Nations Convention on contracts for the international sales of goods*, in *Pace international law review*, 1998, 1, 97 ss.
- RÜHL, *The battle of the forms: comparative and economic observations*, in *University of Pennsylvania journal of international economic law*, 2003, 1, 189 ss.
- SCHLECHTRIEM, *Kollidierende Geschäftsbedingungen im internationalen Vertragsrecht*, in *Festschrift für Rolf Herber zum siebzigsten Geburtstag a cura di Thume*, Luchterhand, 1999, 36 ss.
- SCHROETER, *Introduction to artt. 14-24*, in *Commentary on the United Nations Convention on the international sale of goods a cura di Schwenzler e Schroeter*, 5^a ed., Oxford University Press, 2022, 279 ss.
- SCHWENZLER e MOHS, *Old habits die hard: traditional contract formation in a modern world*, in *Internationales Handelsrecht*, 2006, 6, 242 ss.
- SCHWENZLER, HACHEM e KEE, *Global sales and contract law*, Oxford University Press, 2012, 554 ss.
- STEENSGAARD, *Battle of the forms under the CISG - one or more solutions?*, in *Internationales Handelsrecht*, 2015, 3, 89 ss.
- VALENTINO, *Globalizzazione economica e disorder of law. Un esempio: la battle of forms e il principio del mirror – image rule*, in *Contr. impr.*, 2010, 2, 399 ss.
- VAN ALSTINE, *The unified field solution to the battle of the forms under the United Nations sales Convention*, in *William and Mary law review*, 2020, 1, 213 ss.
- VENTSCH e KLUTH, *Die Einbeziehung von allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen des UN – Kaufrecht*, in *Internationales Handelsrecht*, 2003, 2, 61 ss.
- ZELLER, *The CISG and the battle of the forms*, in *International sales law: a global challenge a cura di Di Matteo*, New York, 2014, 203 ss.

Registrazione della locazione e patti modificativi*

di MARCO RIZZUTI

Ricercatore di Diritto privato
Università di Firenze

CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONE TERZA CIVILE, ORD. 24 LUGLIO 2023, N. 22163; PRES. FRASCA – EST. GORGONI)

ABSTRACT

Il contributo analizza una recente pronuncia di legittimità che ha approfondito un nuovo profilo dell'annosa questione delle nullità delle locazioni per omessa registrazione, ovvero quello attinente al regime del patto modificativo non registrato.

The paper analyzes a recent decision of the Italian Supreme Court, that has dealt with a new aspect of the debated issues concerning those rental contracts that are void for not having been registered, i.e. the legal regime of a not registered amending agreement.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Una nullità «eccentrica»; 3. Il patto modificativo.

1. Il caso

Due fondi adiacenti, entrambi ad uso commerciale, erano stati concessi in locazione dal loro proprietario ad un imprenditore, interessato ad unirli per realizzarvi un bar con somministrazione di cibi e bevande. Tuttavia, solo uno dei due fondi si rivela effettivamente disponibile in quanto l'altro al momento della stipula del contratto di locazione era occupato da un diverso soggetto che vi esercitava già da circa un anno la propria attività di parrucchiere. Com'è ragionevole attendersi, il rapporto fra locatore e conduttore diviene dunque piuttosto conflittuale. In un primo momento, dopo il fallimento di alcuni tentativi del conduttore di conseguire il godimento anche del fondo occupato, viene raggiunto un accordo transattivo, concluso in forma orale, che riduce l'oggetto della locazione al solo locale effettivamente libero e correlativamente riduce pure l'importo del canone dovuto.

Successivamente, però, il conflitto esplode di nuovo e il locatore arriva a convenire in giudizio dinnanzi al tribunale capitolino il conduttore domandandone lo sfratto per morosità. Il convenuto si costituisce in giudizio e domanda a sua volta in via riconvenzionale la risoluzione del contratto per inadempimento del locatore in ragione

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 6.09.2024.

della menzionata vicenda relativa al fondo mai reso effettivamente disponibile, oltre a chiedere il rimborso di alcune spese di manutenzione straordinaria che aveva dovuto sopportare in quanto il proprietario non vi aveva provveduto. Inoltre, chiama in causa in via subordinata, per il caso di accoglimento della domanda di sfratto, anche l'altro negoziante, cioè l'effettivo occupante dell'altro fondo, perché venga condannato a manlevarlo. Ad ogni modo, quest'ultimo problema non ha modo di porsi, in quanto il giudice di prime cure accoglie la domanda riconvenzionale, dichiarando il contratto risolto per inadempimento del locatore, che viene quindi anche condannato a corrispondere alla controparte l'indennità per la perdita dell'avviamento.

Il proprietario però ricorre in appello e l'esito della decisione viene totalmente ribaltato. La corte capitolina, infatti, pur dando atto dell'iniziale inadempimento del locatore, consistente per l'appunto nella mancata messa a disposizione di uno dei fondi oggetto del contratto, non lo considera rilevante ai fini della risoluzione, in quanto il problema era stato superato con l'intervento del menzionato accordo modificativo, mentre ritiene prevalente la gravità del successivo inadempimento del conduttore che, anche dopo tale accordo, non aveva corrisposto il canone pattuito. Il contratto viene così dichiarato risolto per inadempimento del conduttore, che è dunque condannato a rilasciare l'immobile e corrispondere i canoni insoluti, senza diritto all'indennità per la perdita dell'avviamento. La reciprocità degli inadempimenti assume un qualche rilievo solo nel capo della decisione relativo alle spese dei due gradi di giudizio, che vengono compensate.

Il soccombente ricorre dunque per cassazione facendo valere, oltre ad un motivo di carattere strettamente processuale che non assume interesse ai fini di questa trattazione e comunque risulta infondato, anche e soprattutto la asserita nullità del patto modificativo. Secondo il ricorrente, infatti, tale accordo sarebbe nullo in quanto non registrato e non potrebbe quindi rilevare ai fini della valutazione dei rispettivi inadempimenti.

2. Una nullità «eccentrica»

L'esame del motivo in questione induce dunque i supremi giudici a prendere nuovamente in considerazione quella peculiare, ed assai dibattuta in dottrina e giurisprudenza, nullità, che colpisce ormai da un ventennio le locazioni non registrate, ai sensi dell'art. 1, comma 346, della l. 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria per il 2005), in base al quale: «*I contratti di locazione, o che comunque costituiscono diritti relativi di godimento, di unità immobiliari ovvero di loro porzioni, comunque stipulati, sono nulli se, ricorrendone i presupposti, non sono registrati*». Prima di analizzare la nuova e specifica problematica che il caso di specie ha portato alla loro attenzione, i decidenti si trovano così a riepilogare le vicende interpretative di questa invalidità che essi stessi qualificano come «*per molti versi eccentrica*», e quindi eccezionale.

Da un lato, essa collide frontalmente con il tradizionale principio di non interferenza fra obblighi tributari e validità civilistica degli atti. Com'è noto, infatti, l'idea per cui «*Temì prevale sul fisco*» era tralazia in dottrina (cfr. GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, Tip. Rechiedei, 1874; FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Soc. ed. libraria, 1914, 23; CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, 51; SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1973, 192; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, 1979, 428; DE NOVA,

Il contratto contrario a norme imperative, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.; VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Giuffrè, 1993, 43 ss.; GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Cedam, 2001, 129) ed aveva incontrato importanti riconoscimenti nella giurisprudenza costituzionale (cfr. C. cost., 22 dicembre 1969, n. 157, in *DeJure*; C. cost., 5 ottobre 2001, n. 333, in *DeJure*), oltre ad essere stata consacrata a livello legislativo dall'art. 10, comma 3, della l. 27 luglio 2000, n. 212, recante il cosiddetto «*Statuto dei diritti del contribuente*». Dall'altro, e correlativamente, essa non scaturisce da un vizio genetico dell'atto, secondo l'altrettanto tradizionale nozione della nullità, bensì dall'inadempimento di un obbligo che sorge successivamente alla stipula del contratto stesso. Si tratta, invero, di uno sviluppo eccezionale ma non isolato nell'odierno e frastagliato panorama delle invalidità contrattuali, in quanto comparabili deviazioni rispetto al dogma del vizio genetico possono ravvisarsi nelle nullità comminate dall'art. 67 *septies decies*, comma 4, d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, ovvero dall'art. 2 del d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122 (cfr. SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, 2, 368 ss.; RUSSO, *Nullità successiva di protezione da inadempimento? Spunti critici per una riconcettualizzazione dell'accordo contrattuale*, in *Obbl. Contr.*, 2012, 11, 802 ss.).

Non sono, del resto, mancati, specie nei primi anni di vigenza della nuova comminatoria, tentativi di riqualificare un'ipotesi così anomala in termini diversi da quelli della vera e propria nullità: in dottrina si è parlato di mera inopponibilità (CUFFARO, *La prescrizione di nullità del contratto di locazione non registrato: una norma dimenticata?*, in *Corr. mer.*, 2006, 2, 156), mentre nella giurisprudenza di merito ha incontrato una certa fortuna la tesi dell'inefficacia in senso stretto, rispetto alla quale la registrazione opererebbe come condicio iuris (Trib. Modena, 12 giugno 2006, in *Giust. civ.*, 2007, 2, 482 ss., con nota di DI MARZIO), e vi è persino chi ha tentato di far valere una asserita incostituzionalità della normativa in parola, anche se la questione è stata a più riprese dichiarata infondata (C. cost., ord., 5 dicembre 2007, n. 420, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 5, 590 ss., con nota di LA MARCA; Corte cost., 25 novembre 2008, n. 389, in *Giust. civ.*, 2009, 3, 557; Corte cost., 9 aprile 2009, n. 110, in *Arch. loc. cond.*, 2009, 4, 341). Si è, tuttavia, col tempo affermata la diversa soluzione interpretativa che rifiuta un siffatto approccio abrogante e prende invece atto dell'attuale pluralismo delle nullità, che possono benissimo essere tali anche se contrastano con taluni postulati dogmatici tradizionali.

In particolare, la problematica di notevole rilievo pratico su cui si è concentrata l'attenzione degli interpreti, fornendo l'occasione per chiarire lo statuto di tale peculiare invalidità, attiene alla sua sanabilità in caso di tardiva registrazione del contratto di locazione. Com'è noto, i dogmi del passato assumevano che la sanatoria della nullità contrattuale, sostanzialmente confusa con l'inesistenza, dovesse ritenersi esclusa per definizione, anche a prescindere dall'apertura che pure si sarebbe da sempre potuta trarre dal mero dettato codicistico: basterebbe ricordare che l'art. 1423 c.c., pur essendo seccamente rubricato «*Inammissibilità della convalida*», tuttavia sancisce che «*Il contratto nullo non può essere convalidato, se la legge non dispone diversamente*», ovvero non pone una definizione ontologica ma fissa una regola generale ed altrettanto esplicitamente ammette che possono sussistere casi speciali che ad essa non si conformino. Da tempo, ad ogni modo, l'impostazione tradizionale vacilla di fronte alla pluralizzazione degli statuti delle nullità (cfr. per tutti, PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995), e vari autori sono ormai favorevoli ad ammettere la sanabilità in

determinate ipotesi (cfr. PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, 2007; GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008; MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, 174 ss.; PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, ESI, 2010; RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, ESI, 2015; POLIDORI, *Nullità di protezione e sistematica delle invalidità negoziali*, ESI, 2016; VULPIANI, *La sanabilità del contratto nullo tra interessi coinvolti e funzione dell'atto*, ESI, 2022).

Con specifico riguardo all'ipotesi in esame, è stato rilevato che alla esplicita comminatoria legislativa di una, eccezionale, nullità per inadempimento corrisponde logicamente sul piano interpretativo anche l'ammissibilità di una sanatoria per successivo adempimento: un esito, oltretutto, coerente sia con gli interessi delle parti, che mirano a salvare il rapporto, sia con quelli del fisco, che mira ad indurre il successivo adempimento e non certo a distruggere rapporti privatistici in maniera fine a sé stessa. Si tratta, invero, di una soluzione che aveva iniziato ad affacciarsi nella giurisprudenza di merito (cfr. Trib. Napoli, 19 ottobre 2009, in *Notariato*, 2010, 2, 170, con nota di MARINO; Trib. Bari, sez. dist. Monopoli, 24 ottobre 2011, in *Corr. mer.*, 2012, 1, 246, con nota di SANGIOVANNI), ed era stata sostenuta in dottrina da RIZZUTI, *op. cit.*, 223, le cui argomentazioni sono state quindi testualmente riprese da Cass., 28 aprile 2017, n. 10498, in *Riv. giur. edil.*, 2017, 1, 360.

La giurisprudenza di legittimità ha così fatto propria tale soluzione, introducendo peraltro una ulteriore distinzione fra la nullità del contratto non registrato tout court, sanabile per l'appunto con la registrazione tardiva, e l'ipotesi della doppia contrattazione, in cui si registra un canone più basso di quello vero, che darebbe luogo ad una diversa e radicale nullità dell'intera operazione elusiva, per illiceità della sua causa in concreto, come tale non recuperabile (Cass., sez. un., 9 ottobre 2017, n. 23601, in *www.GiustiziaCivile.com*, 5 febbraio 2018, con nota di Marcello, ed in *Corr. giur.*, 2018, 8-9, 1098, con nota di CUFFARO, nonché in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, 1351 ss., con nota di Buset, *Dogmi, Rechtsfortbildung e sistema nella «nullità» della locazione non registrata*). E proprio quest'ultima pronunzia nomofilattica, in cui è stata consacrata tale ricostruzione, rappresenta il punto di riferimento cui la sentenza in commento ricorre per impostare la soluzione del caso di specie.

3. Il patto modificativo

Il punto centrale della questione attiene infatti allo statuto del patto modificativo (cfr. ALAMANNI, *La modifica del contratto. L'identità e gli effetti*, Giappichelli, 2018; MOROTTI, *La modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio*, ESI, 2022), e più in particolare alla sua eventuale sottoposizione alla comminatoria di nullità per il caso di mancata registrazione. Una siffatta nullità viene però esclusa dai supremi giudici per due concorrenti ordini di ragioni.

Anzitutto incontriamo il richiamo, forse un po' generico, alla già ricordata eccezionalità della comminatoria in discorso, che ne impone un'interpretazione tendenzialmente restrittiva e tale da incidere il meno possibile sull'autonomia dei privati. Così, ad esempio, un altro recente orientamento, cui la motivazione della decisione in esame fa esplicito riferimento, ha sancito che, qualora la iniziale registrazione del contratto di locazione abbia avuto luogo, l'eventuale mancato pagamento dell'imposta

per alcune delle annualità successive determinerà conseguenze sanzionatorie soltanto sul piano fiscale, ma non potrà avere alcuna rilevanza invalidante dal punto di vista civilistico (cfr. Cass., 6 ottobre 2015, n. 20938, in *Guida al dir.*, 2016, 1, 77; Cass., 19 maggio 2023, n. 13870, in *www.Dirittoegiustizia.it*, 22 maggio 2023).

Molto più significativo appare però il peso argomentativo di quella parte della motivazione che si richiama, per l'appunto, al menzionato orientamento nomofilattico concernente la considerazione della causa in concreto dell'operazione negoziale al fine di valutare l'effettivo ricorrere di uno scopo pratico di elusione fiscale. Prendendo le mosse da tale impostazione, i supremi giudici richiamano quindi anche la successiva pronuncia che ha cassato una decisione di merito per non avere adeguatamente svolto tale indagine rispetto ad un accordo modificativo non registrato: si trattava di un'ipotesi in cui occorreva verificare se la modifica del canone rispetto a quello registrato avesse la finalità elusiva tipica delle ricordate prassi di doppia contrattazione, nel qual caso avrebbe dunque avuto ragione di operare la nullità per illiceità della causa in concreto, oppure dipendesse piuttosto dalla concessione in locazione di un diverso immobile adiacente a quello inizialmente locato, nel quale caso non vi sarebbe stata alcuna elusione da sanzionare (Cass., 20 dicembre 2019, n. 34155, in *DeJure*).

A maggior ragione, pertanto, nel caso ora in esame risulta impossibile ricondurre la mancata registrazione del patto modificativo ad una finalità elusiva dell'obbligazione tributaria, in quanto il nuovo canone è inferiore a quello precedentemente registrato. L'operazione è insomma fiscalmente svantaggiosa, per cui a ben vedere si colloca esattamente all'opposto di quella doppia contrattazione, che viene sanzionata laddove ad essere celato sia il canone più alto e non certo quello più basso. Ulteriore conferma della soluzione viene, peraltro, ricavata anche dalla giurisprudenza tributaria, che esclude l'obbligatorietà della registrazione per l'accordo avente ad oggetto una modifica in senso riduttivo del canone (cfr. Cass., 9 marzo 2022, n. 7644, in *DeJure*).

Il punto decisivo non è dunque, secondo il condivisibile approccio dei supremi giudici, la non esplicita previsione anche dell'ipotesi della vicenda modificativa a livello di fattispecie legale della nullità, cioè secondo il paradigma statico, derivante non a caso dal diritto penale, in cui ragioni di garanzia impongono che l'effetto si produca solo al ricorrere di tutti gli elementi tipizzati (cfr., per tutti, RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Giuffrè, 1939, e FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Giuffrè, 1941), bensì la valutazione dello scopo concreto di tale modifica in una logica procedimentale, secondo il modello di fondo rappresentato dal meccanismo dinamico di cui all'art. 156 c.p.c. (cfr., per tutti, LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, 2008, che si richiama alla lezione di ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Giuffrè, 1961).

Può essere il caso di ricordare che la giurisprudenza recente ha valorizzato, più o meno consapevolmente, un siffatto approccio procedimentale in alcune notissime pronunzie: da quella sulla validità del cosiddetto contratto monofirma (Cass., sez. un., 16 gennaio 2018, n. 898, in *Contratti*, 2018, 2, 133, con note di D'AMICO, PAGLIANTINI e AMAGLIANI) sino a quelle che hanno inteso contrastare l'esercizio selettivo dell'azione di nullità in ambito finanziario (Cass., sez. un., 4 novembre 2019 n. 28314, in *Giur. it.*, 2020, 1, 273) ovvero il suo abuso in materia di tutela degli acquirenti di immobili in costruzione (Cass., 22 novembre 2019, n. 30555, in *Vita not.*, 2020, 1, 233). Anche nel nostro caso, dunque, guardando allo scopo concretamente perseguito, il patto modificativo non registrato che determina l'incremento del canone per la locazione del

medesimo immobile potrà senz'altro essere riguardato come elusivo, e quindi nullo, mentre quello che ne determina la diminuzione si sottrarrà giocoforza ad una siffatta qualificazione.

Bibliografia essenziale

- ALAMANNI, *La modifica del contratto. L'identità e gli effetti*, Giappichelli, 2018
- ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, I, Jovene, 1979
- BUSET, *Dogmi, Rechtsfortbildung e sistema nella «nullità» della locazione non registrata*, in *Rass. dir. civ.*, 2018, 4, 1351 ss.
- CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale*, in *Riv. dir. proc.*, 1931, 51 ss.
- CUFFARO, *La prescrizione di nullità del contratto di locazione non registrato: una norma dimenticata?*, in *Corr. mer.*, 2006, 2, 153 ss.
- DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 435 ss.
- FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Soc. ed. libraria, 1914
- GABBA, *La nullità degli atti privati non registrati e non bollati*, Tip. Rechiedei, 1874
- GABRIELLI e PADOVINI, *La locazione di immobili urbani*, Cedam, 2001, 129
- GIROLAMI, *Le nullità di protezione nel sistema delle invalidità negoziali*, Cedam, 2008
- LANDINI, *Formalità e procedimento contrattuale*, Giuffrè, 2008
- MONTICELLI, *La recuperabilità del contratto nullo*, in *Notariato*, 2009, 2, 174 ss.
- MOROTTI, *La modificazione del contenuto del rapporto obbligatorio*, ESI, 2022
- PAGLIANTINI, *Autonomia privata e divieto di convalida del contratto nullo*, Giappichelli, 2007
- PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, Giuffrè, 1995
- PERLINGIERI, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, ESI, 2010
- RIZZUTI, *La sanabilità delle nullità contrattuali*, ESI, 2015
- RUSSO, *Nullità successiva di protezione da inadempimento? Spunti critici per una riconcettualizzazione dell'accordo contrattuale*, in *Obbl. Contr.*, 2012, 11, 802 ss.
- SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, 1973, 192 ss.
- SICCHIERO, *Nullità per inadempimento?*, in *Contr. e impr.*, 2006, 2, 368 ss.
- VULPIANI, *La sanabilità del contratto nullo tra interessi coinvolti e funzione dell'atto*, ESI, 2022

CONSUMO

Merito creditizio

La valutazione del merito creditizio a tutela dell'interesse generale: oltre la relazione tra consumatore e intermediario*

di MARGHERITA ZAPPATORE

Dottoranda di ricerca

Università Gabriele «D'Annunzio» Chieti - Pescara

(CORTE DI GIUSTIZIA UE, SENT. 11 gennaio 2024, causa C-755/22; Pres. Jürimäe – Rel. Safjan – Avv. Gen. Richard de la Tour)

ABSTRACT

L'esecuzione integrale del contratto di credito al consumo non esclude la responsabilità dell'intermediario per violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del cliente-consumatore, ancorché solvibile, giacché l'obbligo di cui all'articolo 8 della Direttiva 2008/48/CE è diretto a tutelare non solo consumatore e intermediario ma anche l'intero mercato e, a tal fine, a nulla rilevano i rapporti tra i singoli paciscenti. In caso di violazione, è da ritenere proporzionale la sanzione prevista dall'ordinamento di uno Stato membro che prevede la nullità del contratto e la decadenza del diritto del creditore al pagamento degli interessi convenuti.

The full execution of the consumer credit agreement does not exclude the liability of the intermediary for breach of the obligation to assess the creditworthiness of the customer-consumer, even if solvent, because the obligation under Article 8 of Directive 2008/48/EC is intended to protect not only consumers and intermediaries but also the entire market, and for this purpose, the relationships between individual users are irrelevant. In the event of infringement, the penalty provided for by the law of a single Member State which provides for the invalidity of the contract and the loss of the creditor's right to payment of the agreed interest must be considered proportionate.

SOMMARIO: 1. Il caso; 2. Le questioni giuridiche; 3. La solvibilità del consumatore vale a «scagionare» il creditore dalla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio? Una lettura sistematica della norma; 4. Violazione dell'obbligo del merito creditizio e regime sanzionatorio; 5. Il regime sanzionatorio per inadempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio nelle pronunce della Corte di giustizia; 6. Una finestra sul regime sanzionatorio in Italia: brevi cenni.

1. Il caso

Un consumatore conclude un contratto di credito al consumo per 50mila corone ceche con la JET Money s.r.o., cedendolo successivamente alla società Narokuj. Dopo

* Il presente contributo è stato sottoposto a valutazione in forma anonima ed è stato pubblicato in anteprima su rivistapactum.it il 29.10.2024.

aver rimborsato interamente il credito, maggiorato dagli interessi legali di mora per un importo totale di 85mila corone ceche, la società Narokuj decide di ricorrere in giudizio al fine di accertare la nullità del contratto di credito al consumo per asserita violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del consumatore da parte dell'istituto creditizio.

La società EC Financial, che nel frattempo era succeduta alla creditrice JET Money, resiste in giudizio, sostenendo che la solvibilità del consumatore sia stata sufficientemente valutata prima dell'erogazione del credito e che, in ogni caso, le norme relative alla tutela dei consumatori non siano applicabili al caso di specie giacché il credito, al momento del procedimento principale, non è più detenuto da un consumatore bensì da una società commerciale.

Il giudice nazionale, l'Okresní soud Praha-západ [Tribunale circoscrizionale di Praga-Ovest] sospende il procedimento principale al fine di sottoporre alla Corte europea la seguente questione pregiudiziale: «se la [direttiva 2008/48] sia volta a sanzionare il prestatore del credito per l'esame incompleto del merito creditizio del consumatore anche nel caso in cui il consumatore abbia rimborsato per intero il credito non sollevando obiezioni rispetto al contratto durante il periodo di rimborso».

2. Le questioni giuridiche

Due sono, tra tutte, le questioni giuridiche emergenti nella sentenza de qua meritevoli di approfondimento relative all'interpretazione dell'art. 8 e dell'art. 23 della dir. 2008/48. La prima. L'esecuzione integrale del contratto di credito al consumo può porre rimedio alla violazione dell'obbligo del creditore di valutare il merito di credito di un consumatore? La seconda. Una volta accertata la violazione del contratto di credito al consumo, il giudice può sanzionare il creditore con la nullità del contratto e la conseguente decadenza al pagamento degli interessi convenuti?

In entrambi i casi, giova preliminarmente considerare che la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio cui fa riferimento la Corte di giustizia si sostanzia nell'«esame incompleto» del merito creditizio, quindi in un processo valutativo che, pur essendoci stato e non essendo erroneo in sé, non ha condotto l'intermediario ad avere una piena ed effettiva conoscenza del grado di solvibilità del consumatore. Tale fenomeno rientra nell'espressione, ben più generica, «non corretta valutazione del merito creditizio», con cui la dottrina [così FALCONE, «*Prestito responsabile*» e *valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 150; FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 132; BIFERALI, *La trasparenza bancaria*, in *Concorrenza, mercati e diritto dei consumatori* a cura di Catricalà, Cassano e Clarizia, Utet, 2018, 1878] suole intendere due fenomeni distinti quali l'omissione totale o parziale, da parte dell'intermediario, del processo di valutazione del merito di credito del cliente e la valutazione del merito creditizio che risulti deficitaria delle informazioni necessarie per una completa ed esaustiva valutazione della solvibilità del cliente, le quali conducono ai medesimi effetti sul piano sanzionatorio e dei profili di responsabilità dell'intermediario. Ma andiamo con ordine.

3. La solvibilità del consumatore vale a «scagionare» il creditore dalla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio? Una lettura sistematica della norma

Il primo nodo interpretativo sottoposto dal giudice ceco alla Corte di giustizia europea concerne l'eventuale regolarizzazione dell'asserita violazione dell'art. 8 della dir. 2008/48 per effetto dell'esecuzione integrale del contratto di credito al consumo. Secondo la società creditrice – e resistente nel giudizio principale – non sussisterebbe alcuna violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio laddove il consumatore esegua integralmente il contratto di credito al consumo giacché il rimborso del capitale del credito è di per sé bastevole a dimostrare la solvibilità del consumatore. In parole semplici: anche qualora venisse accertata la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, alla stessa verrebbe posto successivamente rimedio per mezzo dell'esecuzione integrale del contratto, prova quest'ultima della solvibilità del cliente.

L'impostazione ermeneutica della resistente appare tutt'altro che condivisibile giacché adotta un'interpretazione letterale e restrittiva della disposizione di cui all'art. 8 della Direttiva, senza allargare lo sguardo al contesto normativo e agli obiettivi perseguiti dal Legislatore eurounitario, come ha utilmente chiarito e precisato la Corte di giustizia.

Segnatamente, con riguardo al contesto normativo, al Legislatore europeo va riconosciuto il merito (e la lungimiranza) di aver dato battesimo normativo all'obbligo di valutazione del merito creditizio con la Direttiva in esame pur tuttavia peccando di genericità e laconicità. Sul punto, attenta dottrina ha sottoposto a valutazione critica il disposto di cui all'art. 8 della Direttiva evidenziando che la norma si presenta «ambigua» con riguardo alle sue concrete modalità applicative in quanto, d'un lato, qualifica la verifica del merito creditizio come «obbligo» ma, dall'altro, nella formulazione dell'art. 8, della cui interpretazione il giudice di merito chiede chiarimenti alla Corte, utilizza una formulazione «assai più sfumata» [così MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, 785; PELLECCIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla «contrattazione con l'insolvente»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 5, 1089]. La norma, infatti, non definisce né regola il processo valutativo ma rimette agli Stati membri il compito di fornire istruzioni e orientamenti appropriati ai creditori e di prevedere le eventuali sanzioni. Va da sé che, in un simile quadro, vanno ad addensarsi nubi che è compito dell'interprete fugare adottando un'interpretazione sistematica che tenga conto tanto del contesto in cui si inserisce la Direttiva e degli obiettivi da essa perseguiti.

In tema di *iter legis*, è bene ancora precisare che la dir. 2008/48 è arrivata a valle di un «processo tormentato» [così PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 1, 38] per rispondere normativamente a un fenomeno economico e sociale dilagante, quale il ricorso massiccio al credito al consumo che ha rappresentato uno spartiacque tra la *cash and carry society* e la *credit society* [così STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili giuridici e tecniche di tutela*, in *Soc.*, 2007, 4, 395] e cioè tra una società – quella del secolo scorso - nella quale il consumatore è «pagatore», ad una – quella contemporanea - nella quale il consumatore non è pagatore con risorse proprie ma «acquirente a credito», usufruendo di finanziamenti per l'acquisto di beni o servizi di cui si sarebbe altrimenti privato [così ROSSI, *Il credito al consumo. Dal fenomeno socio-economico alla fattispecie contrattuale*, Cedam, 2017, 2, in cui si definisce il credito al consumo come «un fenomeno di massa che ha mosso, e muove tuttora, l'economia del Paese»; CERINI, *L'assicurazione del credito ai consumatori, strumento double-face a «garanzia» di finanziatori e finanziati: da un'idea di «democratizzazione del credito» ad un esempio*

applicativo delle assicurazioni di gruppo, in *Dir. economia assicur.*, 2004, 3, 745, per la quale «il credito ai consumatori è assunto come strumento essenziale per contribuire alla diffusione del benessere sociale. Sul passaggio da *cash society* a *credit society*, cfr. BATTILORO, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 3, 779]. Dal ricorso sempre più diffuso e democratico al credito, i.e. all'indebitamento, da parte del consumatore [così DE GIOIA-CARABELLESE e CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1422], infatti, è disceso un elevato rischio di inadempimento dell'obbligazione da parte di numero sempre più cospicuo di consumatori. Ragione per la quale, il Legislatore europeo ha inteso intervenire per tutelare, d'un lato, l'interesse del creditore a ricevere un credito solo se e nella misura in cui sia in grado di ripagarlo, evitandogli così il rischio di sovraindebitamento; dall'altro, quello del debitore di vedere ripagato il suo credito. Nell'un caso, la valutazione preliminare del merito di credito del cliente consente al concedente il credito di vagliare il grado di solvibilità del futuro debitore, tutelandosi dal rischio di inadempimento dell'obbligazione che il cliente dovrebbe assumere. Per contro, tale strumento giova al cliente dal momento che, grazie alla valutazione del suo merito creditizio, gli viene destinato il finanziamento più adeguato alle sue capacità di restituzione del capitale anticipato, evitando di incorrere nel rischio di sovraindebitamento.

La valutazione del merito creditizio, tuttavia, non risponde solo a esigenze singole (o, meglio, dei singoli paciscenti) ma guarda ben oltre. Se così non fosse, ben si potrebbe ritenere corretta l'interpretazione difensiva della società resistente. La valutazione del merito creditizio è, invece, funzionale a garantire la stabilità del sistema bancario e a tutelare il mercato del credito. La previsione di un siffatto obbligo, preliminare e propedeutico alla concessione del finanziamento, consente di arginare il rischio che il capitale di credito venga concesso incondizionatamente a molteplici debitori e di non essere conseguentemente restituito, gravando non solo sul singolo finanziatore, ma anche impattando sull'intero sistema bancario. La valutazione del merito creditizio rientra, quindi, tra le pratiche per la concessione del prestito responsabile cui si riferisce il Considerando 26, divenendo «il principale strumento di carattere preventivo per la lotta al sovraindebitamento» [così MODICA, *op. cit.*] dal momento che consente al, *rectius* obbliga (il), finanziatore a ottenere informazioni sulla capacità di solvibilità del cliente prima di concludere il contratto di credito.

Alla luce delle considerazioni sopra esposte, si ritiene di condividere senza censura alcuna la posizione assunta dalla Corte di giustizia nella sentenza de qua laddove ritiene sussistente la responsabilità dell'intermediario per violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del cliente che abbia eseguito integralmente il contratto di credito al consumo, poiché la sussistenza dell'obbligo suddetto è indirizzata a tutelare consumatore e intermediario, ma anche l'intero mercato e, a tal fine, a nulla rilevano i rapporti tra i singoli paciscenti.

4. Violazione dell'obbligo del merito creditizio e regime sanzionatorio

La seconda questione giuridica sottoposta al vaglio dei giudici europei riguarda il regime sanzionatorio applicabile alla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio. Più nel dettaglio, il giudice del rinvio si domanda se, alla luce della Direttiva,

un creditore possa essere sanzionato con la nullità del contratto di credito al consumo e la decadenza del suo diritto al pagamento degli interessi convenuti. La società resistente, infatti, nel giudizio principale sostiene che, pur riconoscendo la sussistenza di una erronea o mancante valutazione del merito di credito di un cliente, l'imposizione della nullità sarebbe sproporzionata e, quindi, andrebbe oltre quanto necessario per conseguire gli obiettivi dell'art. 8 della Direttiva europea dal momento che il contratto è stato eseguito integralmente e senza alcuna conseguenza pregiudizievole per il consumatore.

La questione può essere affrontata su due diversi piani, strettamente legati l'un l'altro. Il primo riguarda il principio di proporzionalità della sanzione previsto dalla dir. 2008/48. Il secondo riguarda, invece, il carattere teleologico della sanzione sulla scorta del quale valutare rispettato (o no) il principio di proporzionalità suddetto.

Quanto al primo piano, si annota che la Direttiva in esame prevede al Considerando 26 che gli Stati membri determinino «i mezzi necessari per sanzionare i creditori qualora ciò si verificasse», precisando al Considerando 45 che la loro scelta è «lasciata alla discrezionalità degli Stati membri». Previsione, questa, inserita nell'art. 23 a norma del quale «gli Stati membri stabiliscono le norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma della presente direttiva e prendono tutti i provvedimenti necessari per garantirne l'attuazione. Le sanzioni previste devono essere efficaci, proporzionate e dissuasive». Proporzionate, si diceva, rispetto agli obiettivi perseguiti dalla Direttiva.

Siamo giunti al cuore della questione.

Come esposto nei paragrafi precedenti senza alcuna pretesa di esaustività, v'è da ribadire che gli obiettivi perseguiti dalla Direttiva non si limitano (solo) alla tutela dei paciscenti bensì mirano a proteggere l'intero mercato del credito in prospettiva macroeconomica. I danni derivanti dalla concessione abusiva di credito sono infatti molteplici, in considerazione della pluralità degli interessi non solo del singolo cliente-consumatore ma anche dei terzi e del sistema bancario nel suo complesso. La concessione del credito non costituisce, infatti, un «mero affare privato» [così BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, 109] fra i contraenti di un contratto di credito ma deve tener conto degli interessi di carattere generale che impongono all'intermediario di assumere comportamenti ispirati alla correttezza tra i quali figura la corretta valutazione del merito creditizio, rispetto ai quali esiti l'intermediario dovrebbe assumere una decisione coerente sull'*an* e sul *quantum* del finanziamento da concedere al singolo cliente, scongiurando la concessione abusiva di credito.

Gli effetti dannosi della concessione abusiva di credito si riverberano, infatti, non solo sul cliente, il quale si imbatte nel fenomeno del sovraindebitamento, e sul finanziatore, che rischia di non vedere ripagato il suo credito, ma anche sul mercato e, conseguentemente, sui terzi. La concessione abusiva di credito, come avverte autorevole dottrina, «altera il mercato» [così INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2001, 3, 268], «produce opacità nel mercato» [così DI MARZIO, *Sulla fattispecie e «concessione abusiva di credito»*, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, 3, 382, nota a Trib. Monza, 31 luglio 2007], in quanto distorce la referenza creditizia del cliente, influenzando le scelte degli altri operatori economici. A tal proposito, non può essere sottaciuto il fatto che la concessione di credito a un cliente ingeneri l'affidamento sulla

solvibilità del cliente nei terzi i quali, tenendo conto della posizione privilegiata della banca nella conoscenza della situazione finanziaria del cliente e confidando che il credito sia concesso solo ad un cliente meritevole e solvibile, potrebbero essere indotti a concedere credito al cliente già finanziato abusivamente. La concessione abusiva di finanziamento favorisce, quindi, «una falsa apparenza di solidità dell'impresa finanziata», arrecando un danno «informativo» [così BELLI, *La responsabilità della banca per erogazione «abusiva» del credito ad un'impresa in situation désespérée*, in *Resp. civ.*, 2012, 2, 93] ai creditori successivi, derivante dall'affidamento nutrito sulla solvibilità del cliente finanziato, ai singoli creditori successivi alla concessione abusiva del finanziamento, e ledendone la libertà contrattuale. La concessione abusiva del credito arreca pregiudizio anche ai creditori antecedenti, in quanto comporta un aggravamento del dissesto finanziario del debitore e una diminuzione delle possibilità di soddisfacimento dei propri crediti, dal momento che potrebbe risultare diminuita la probabilità di adempimento da parte del debitore.

È proprio per scongiurare tali conseguenze che il Legislatore ha inteso introdurre un precipuo obbligo di valutazione del merito di credito del cliente con un reticolato di norme «anfibiologiche» dalla valenza pubblica e privata, al contempo [così BUCCIANTI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, 91], base del prestito responsabile, un principio che, pur non essendo formalmente riconosciuto nella Direttiva del 2008, rappresenta il fondamento della rinnovata disciplina del credito al consumo, demarcando i confini di un nuovo assetto di tutela del consumatore, in netta discontinuità con il passato, che si realizza per tramite di una «divisione più equilibrata delle responsabilità tra il consumatore e il finanziatore».

Alla luce di tali considerazioni, è da ritenersi fondata e ben ponderata la decisione della Corte di giustizia secondo la quale è da considerarsi adeguata la sanzione prevista nel diritto nazionale ceco che implica la nullità del contratto e la decadenza del diritto del creditore agli interessi convenuti anche qualora il creditore non abbia subito alcuna conseguenza pregiudizievole dalla concessione del credito al consumo senza una (corretta) valutazione del suo merito creditizio. Altrimenti, facilmente si potrebbe obiettare che i creditori sarebbero incentivati a una valutazione selettiva e parziale del merito creditizio al cliente-consumatore tale da consentire una erogazione del credito più estesa e meno certosa e, quindi, pratiche irresponsabili.

Inoltre, come precisato dai giudici europei, gli artt. 8 e 23 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla previsione della sanzione di nullità del contratto di credito al consumo e alla decadenza del diritto al pagamento degli interessi convenuti qualora il creditore abbia violato l'obbligo di valutazione del merito di credito anche nell'ipotesi in cui il contratto suddetto sia stato integralmente eseguito e non abbia cagionato al consumatore conseguenze pregiudizievoli.

5. Il regime sanzionatorio per inadempimento dell'obbligo di valutazione del merito creditizio nelle pronunce della Corte di giustizia

Come già evidenziato, tra i punti deboli della Direttiva 2008/48 v'è da annoverare la mancata regolamentazione diretta dell'obbligo di valutazione del merito creditizio e delle condizioni del suo assolvimento. In un'ottica ben lontana dallo scopo di armonizzazione massima che tramite la Direttiva del 2008 si mirava a raggiungere, il

Legislatore comunitario ha concesso piena discrezionalità agli Stati membri nell'adozione di «misure adeguate» a prevenire l'erogazione di «prestiti in modo irresponsabile» ovvero «senza preliminare valutazione del merito creditizio», e nella determinazione dei «mezzi necessari per sanzionare i creditori» in caso di violazione delle prescrizioni dettate in materia di credito responsabile.

Ed è su questi aspetti che si sono espressi i Giudici europei nella sentenza in commento, confermando l'orientamento costante assunto dalla Corte sul regime sanzionatorio applicabile in caso di violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio. Anzitutto, in tema di proporzionalità delle sanzioni previste dall'ordinamento del singolo Stato membro, il cui grado di severità deve risultare adeguato alla gravità delle violazioni che esse reprimono e comportare, in particolare, un effetto realmente deterrente [così, C. Giust., 27 marzo 2014, C-565/12, *LCL Le Crédit Lyonnais SA e Fesih Kalhan*; C. Giust., 9 novembre 2016, C-42/15, *Home Credit Slovakia a.s. e Klára Bíróová*]. Ma anche relativamente alla legittimità della previsione del regime di nullità del contratto di credito al consumo in costanza di violazione dell'art. 8 della dir. 2008/48.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, in una pronuncia precedente e concernente un analogo caso ceco [C. Giust., 5 marzo 2020, C-679/18, *OPR-Finance s.r.o. contro GK*] la Corte europea ha rilevato che, al fine di tutelare i consumatori e far desistere gli intermediari a concedere un credito anche in mancanza di una (corretta) valutazione del merito di credito, è ammissibile la previsione della sanzione della nullità del contratto di credito al consumo in caso di violazione dell'obbligo, senza necessità che il consumatore eccepisca tale nullità entro un termine di prescrizione triennale, ritenendo che una simile previsione possa «andare a vantaggio del consumatore interessato» tenuto conto dell'importanza particolare che la dir. 2008/48 riconosce alla tutela dei consumatori.

6. Una finestra sul regime sanzionatorio in Italia: brevi cenni

Volgendo lo sguardo alla normativa italiana, v'è da osservare che il Legislatore nostrano, a differenza di quello ceco e disattendendo le linee comunitarie, non ha previsto specifiche sanzioni da irrogare in caso di assente o non corretta valutazione del merito creditizio del cliente.

A questo proposito, la dottrina ritiene che, pur mancando la previsione di una specifica sanzione, alla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio possano ritenersi applicabili «i principi del diritto civile» [così RICCIARDI, *Osservatorio riflessioni in materia di carta di credito revolving e usura sopravvenuta alla luce del recente arresto delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 2, 756] essendo, dunque, compito dell'interprete individuare le conseguenze civilistiche alla violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio del cliente.

Per quanto concerne, più specificamente, la previsione della nullità del contratto quale sanzione conseguente la violazione dell'obbligo di valutazione del merito creditizio, una recente giurisprudenza di merito [così Trib. Nocera Inferiore, 14 marzo 2024, sent. n. 608] ha puntualizzato che «alcuna norma del nostro ordinamento prevede una disciplina sanzionatoria da cui possa essere ricavata una qualsivoglia invalidità», con la conseguenza che «alcuna nullità potrebbe derivare dal comportamento della creditrice con riflesso sul contratto di finanziamento posto in essere tra le parti. In particolare, il giudice ha evidenziato che pur essendo previsto nella normativa nostrana dall'art. 124

bis T.U.B. (modificato in relazione all'art. 8 della dir. 2008/48, attuata in Italia per il tramite del d.lgs 141/2010) un preciso obbligo di valutare il merito creditizio in capo al creditore, in assenza di un'espressa previsione legislativa sulla responsabilità del finanziatore per concessione abusiva del credito al soggetto immeritevole, è possibile prevedere il risarcimento del danno per violazione dei generali principi di correttezza e buona fede, dal momento che l'art. 1418, comma 1, c.c. prevede la nullità del contratto solo nel caso di violazione di norme imperative» e non di oneri comportamentali – come la valutazione del merito creditizio.

Bibliografia essenziale

- BALESTRA, *Crisi dell'impresa e abusiva concessione del credito*, in *Giur. comm.*, 2013, 1, 109 ss.
- BATTILORO, *Collegamento negoziale e inadempimento del fornitore: la nuova disciplina del credito al consumo alla luce di una recente giurisprudenza comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2011, 779 ss.
- BELLI, *La responsabilità della banca per erogazione «abusiva» del credito ad un'impresa in situation désespérée*, in *Resp. Civ.*, 2012, 2, 93 ss.
- BIFERALI, *La trasparenza bancaria*, in *Concorrenza, mercati e diritto dei consumatori* a cura di Catricalà, Cassano e Clarizia, Utet, 2018
- BUCCIANTI, *Merito creditizio e obbligo di non concludere il contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 1, 89 ss.
- CERINI, *L'assicurazione del credito ai consumatori, strumento double-face a «garanzia» di finanziatori e finanziati: da un'idea di «democratizzazione del credito» ad un esempio applicativo delle assicurazioni di gruppo*, in *Dir. economia assicur.*, 2004, 3, 745 ss.
- DE GIOIA-CARABELLESE e CHESSA, *La direttiva 2014/17/UE in merito ai contratti di credito ai consumatori relativi ai beni immobili residenziali*, in *Resp. civ. e prev.*, 2016, 4, 1422 ss.
- DI MARZIO, *Sulla fattispecie e «concessione abusiva di credito»*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, 3, nota a Trib. Monza, 31 luglio 2007, 382 ss.
- FALCONE, *«Prestito responsabile» e valutazione del merito creditizio*, in *Giur. comm.*, 2017, 1, 147 ss.
- FALCONE, *Il trattamento normativo del sovraindebitamento del consumatore*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, 132 ss.
- INZITARI, *Le responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, 3, 265 ss.
- MODICA, *Il contratto di credito ai consumatori nella nuova disciplina comunitaria*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 3, 785 ss.
- PELLECCHIA, *L'obbligo di verifica del merito creditizio del consumatore: spunti di riflessione per un nuovo modo di guardare alla «contrattazione con l'insolvente»*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2014, 5, 1089 ss.
- PIEPOLI, *Sovraindebitamento e credito responsabile*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2013, 1, 38 ss.
- RICCIARDI, *Osservatorio riflessioni in materia di carta di credito revolving e usura sopravvenuta alla luce del recente arresto delle Sezioni Unite*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2019, 2, 756 ss.
- ROSSI, *Il credito al consumo. Dal fenomeno socio-economico alla fattispecie contrattuale*, Cedam, 2017
- STANGHELLINI, *Il credito «irresponsabile» alle imprese e ai privati: profili giuridici e tecniche di tutela*, in *Soc.*, 2007, 4, 394 ss.