

Diritto Civile

a cura di PIETRO RESCIGNO

con RAFFAELE CATERINA, VINCENZO CUFFARO, PIETRO LAMBERTUCCI, PIER GIUSEPPE MONATERI,
GIUSEPPE SANTORO-PASSARELLI, SALVATORE PATTI, MICHELE SESTA e GIOVANNA VISINTINI

DIRITTO DI COMMUTAZIONE

CORTE COSTITUZIONALE, 18 dicembre 2009, n. 335, pag. 784.

Il diritto di commutazione nel rispetto del principio di eguaglianza e del divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali, di CLARA SGOBBO.

RAPPRESENTAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 28 ottobre 2009, n. 22840, pag. 786.

Sui presupposti soggettivi di applicazione della rappresentazione, di PAOLO MONTELEONE.

COMUNIONE LEGALE DEI BENI

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 28 ottobre 2009, n. 22755, pag. 790.

SEPARAZIONE DEI CONIUGI

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 16 ottobre 2009, n. 22081, pag. 794.

SIMULAZIONE TRA CONIUGI

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 12 ottobre 2009, n. 21637, pag. 795.

IPOTECA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 1° ottobre 2009, n. 21045, pag. 797.

L'ipoteca anteriore prevale sul privilegio ex art. 2725 bis c.c.: quando la giurisprudenza ha i piedi per terra, di GIANLUCA SICCHIERO.

PRELAZIONE URBANA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 25 settembre 2009, n. 20671, pag. 803.

DIRITTO DI RECESSO *AD NUTUM*

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 18 settembre 2009, n. 20106, pag. 809.

Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di *jus dicere* "per principi", di FRANCESCO SALERNO.

ATTIVITÀ STRAGIUDIZIALE E TARIFFE FORENSI

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 24 luglio 2009, n. 17357, pag. 814.

Attività stragiudiziali e tariffe forensi, di GIORGIO RISPOLI.

MEDIAZIONE IMMOBILIARE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 14 luglio 2009, n. 16382, pag. 816.

La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato, di GABRIELE CHIARINI.

CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 maggio 2009, n. 11706, pag. 824.

DANNO DA ANIMALI

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 19 maggio 2009, n. 11570, pag. 826.

LOCAZIONE DI IMMOBILI NON ABITATIVI

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 aprile 2009, n. 9353, pag. 829.

MINUTA DEL CONTRATTO

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 4 febbraio 2009, n. 2720, pag. 830.

Accordo “incompleto” e conclusione del contratto, di FRANCESCO BOTTONI.

CREDITO AL CONSUMO

TRIBUNALE TERNI, 6 novembre 2009, n. 1195, pag. 844.

MATRIMONIO DEL DISABILE

TRIBUNALE VARESE (DECRETO), 6 ottobre 2009, pag. 846.

Il matrimonio della disabile sofferente della sindrome di Down, di ELENA FALLETTI.

ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 19 maggio 2009, n. 11564, pag. 851.

DIRITTO DI COMMUTAZIONE

CORTE COSTITUZIONALE, 18 dicembre 2009, n. 335
— AMIRANTE *Presidente* — GROSSI *Relatore*.

Successione — Successione legittima — Diritto di commutazione — Figli legittimi e naturali — Opposizione — Valutazione dell'autorità giudiziaria — Legittimità costituzionale (Cost. artt. 3, 30; C.c. art. 537, comma 3).

L'istituto della commutazione è costituzionalmente legittimo anche nella parte in cui rimette la valutazione, circa l'opposizione del figlio naturale alla proposta del figlio legittimo, all'autorità giudiziaria (1).



Per il testo della sentenza v. www.giurcost.it oppure www.cortecostituzionale.it



(1) Il diritto di commutazione nel rispetto del principio di eguaglianza e del divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali

La Corte costituzionale è stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale dell'art. 537, comma 3, in relazione agli artt. 3 e 30 Cost.

La ricorrente, nel giudizio civile, dal quale si è originata la questione venuta all'attenzione della Corte costituzionale, spiegava azione contro i figli legittimi del *de cuius* per ottenere il riconoscimento della paternità e, conseguentemente, l'accertamento del proprio diritto alla quota ereditaria, con contestuale divisione.

A seguito del riconoscimento giudiziario della paternità — avvenuto con sentenza parziale —, i figli legittimi si avvalevano della possibilità loro concessa dall'art. 537 c.c., domandando che la quota spettante alla

ricorrente, figlia naturale, venisse commutata con la liquidazione dell'equivalente in denaro.

A fronte di tale istanza la ricorrente formulava opposizione, proponendo, nel relativo giudizio, la sollevazione di questione incidentale di costituzionalità della disposizione di cui all'art. 537 c.c.

Il giudice del giudizio di merito, ritenuta la non manifesta infondatezza della questione, rimetteva, con ordinanza di rito, alla Corte costituzionale la questione, motivandola con l'asserita non conformità della previsione codicistica impugnata rispetto ai parametri rappresentati dagli artt. 3 e 30, comma 3, della Carta costituzionale.

Difatti, il giudice *a quo*, dati gli odierni costumi di una società nella quale, a causa di un sempre più alto numero di divorzi, i figli naturali sono un “fenomeno” alquanto diffuso, riteneva come dovesse considerarsi del tutto anacronistica la *ratio* che sottostava al diritto di commutazione — ovvero la necessità di rendere compatibile la tutela dei figli naturali con i diritti dei membri della famiglia legittima.

Da ciò conseguiva che: il permettere — qualora un figlio naturale si fosse opposto alla proposta di commutazione — l'intervento del giudice, delegando a questo la valutazione concernente la validità, o meno, della proposta fatta, avrebbe determinato un comportamento del tutto discriminatorio, in contrasto con il principio di uguaglianza e con il divieto di differenziazioni basate su condizioni personali e sociali.

La Corte ha ritenuto la questione infondata.

L'attuale decisione, in verità, si pone nel medesimo orizzonte concettuale di diverse altre pronunce¹ della Consulta in tema di parentela naturale e di filiazione.

Preliminarmente va evidenziato come la prospettiva di base, dalla quale muove la ricostruzione offerta dalla Corte, è quella espressa dalla sentenza del 27 luglio

¹ Cfr. in tal senso, *Nuovo Dir.*, 1995, 1, 2, 20; Id., 27 luglio 2000, n. 532, in *Famiglia*, 2001, 2, 502; Id., 28 novembre 2002,

n. 495, in *Riv. Giur. Sarda*, 2003, 851; Id., 12 aprile 1990, n. 185, in *Giust. Civ.*, 1991, 5, 1133.

2000, n. 532²: detta pronuncia, partendo dal presupposto che non sia corretto far discendere dall'art. 30 della Costituzione la parificazione dei cosiddetti «parenti naturali» ai parenti legittimi, in quanto non esiste, da un punto di vista giuridico, un concetto di «parentela naturale»³, afferma come il legislatore si sia limitato a disciplinare e tutelare la sola filiazione naturale stabilendo l'equiparazione della stessa a quella legittima. Tuttavia, a ben vedere, la Corte evidenzia come tale equiparazione non possa dirsi totale dato che, com'è noto, l'art. 30 Cost., nel disporre che la legge debba assicurare ai figli nati fuori del matrimonio ogni tutela, giuridica e sociale, specifica come i predetti ordini di salvaguardia debbano essere compatibili con i diritti dei membri della famiglia legittima. Da ciò, ne deriva che, nei rapporti tra figli legittimi e naturali, sia possibile questionare solo della ragionevolezza della disparità di trattamento introdotta dal legislatore e non già della propria stessa giuridica possibilità d'esistenza; al fine di valutare la predetta ragionevolezza, in relazione all'istituto della commutazione, è bene tracciare un breve quadro dello stesso.

Il diritto di commutazione⁴ consiste nella facoltà, concessa ai figli legittimi⁵ del *de cuius* di soddisfare (in denaro o in beni immobili ereditari) la quota spettante ai figli naturali dello stesso, in modo da estrometterli dalla comunione ereditaria. Per dottrina pressoché unanime⁶, ha natura di diritto potestativo cosiddetto ad “esercizio controllato” data la possibilità, per chi lo subisce, di opporvisi⁷.

Il diritto di commutazione viene esercitato tramite la dichiarazione di scelta la cui efficacia, come prima accennato, è subordinata alla condizione della mancata opposizione dei figli naturali.

L'opposizione potrebbe essere causata sia dalla mancanza di circostanze idonee a giustificare l'esercizio della commutazione, sia dalla mancanza di una corretta stima dei beni destinati al soddisfacimento delle pretese successorie del figlio naturale⁸.

Quando il figlio naturale si oppone alla commutazione la questione viene rimessa al soggetto terzo e imparziale per eccellenza: il giudice.

Il legislatore ancora, in tale ipotesi, il libero apprezzamento del giudice alla valutazione delle circostanze personali e patrimoniali. Non potrà questo, quindi, sindacare l'opportunità della commutazione, bensì dovrà valutare le circostanze personali, intese quali i rapporti intercorrenti tra i figli legittimi e i figli naturali prescindendo, invece, dai rapporti di questi con il *de*

cuius, e dovrà valutare le circostanze patrimoniali, ovvero la presenza di esigenze di salvaguardia della gestione dei beni ereditari secondo criteri di economicità.

Il giudice quindi, alla luce di quanto detto fino ad ora, si limiterà a giudicare la legittimità della proposta avanzata, sulla base di un equo bilanciamento degli interessi in causa, che gli permetta di determinare la ragionevolezza della asserita “disparità di trattamento”.

In tutti i casi l'effetto commutativo è sempre subordinato all'effettivo soddisfacimento delle ragioni successorie dei figli naturali.

L'istituto della commutazione, quale lo si è esaminato, non risulta, quindi, essere in contrasto né con il parametro d'eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., né con quanto disposto dall'art. 30 Cost.

Difatti, da quanto detto fino ad ora, si delinea come: la parziale persistenza della discriminazione (*rectius*: del trattamento differenziato) presente nell'istituto della commutazione risponde alla necessità di salvaguardare i diritti dei componenti della famiglia legittima, evitando che, in sede divisionale, l'illegittima opposizione di un figlio naturale possa, da un lato, privare i figli legittimi dell'assegnazione in natura di beni ereditari di particolare valore affettivo per il nucleo familiare⁹, e dall'altro realizzare eccessivi frazionamenti della proprietà, fattispecie poco auspicata dal nostro ordinamento giuridico.

Così facendo, a ben vedere, la norma tutela, in egual maniera sia i figli legittimi sia i figli naturali da eventuali esercizi arbitrari, non meritevoli in concreto di tutela, del diritto di commutazione così come della facoltà di opposizione.

La conferma di tutto ciò sta proprio nella circostanza che, in ipotesi di opposizione, l'azionamento dell'istituto venga affidato all'apprezzamento del giudice che è chiamato, come già prima indicato, ad operare una valutazione in base a circostanze “personali e patrimoniali”. È da questa riserva che prende le mosse il ragionamento che permette alla Corte di affermare la ragionevolezza della scelta legislativa sulla quale si controverte. La discrezionalità del giudice chiamato a risolvere l'opposizione diventa, quindi, in altri termini, lo strumento attraverso il quale il legislatore ordinario modula una vera e propria “clausola generale” del testo costituzionale; quella, cioè, che, secondo la Corte, è espressa nel criterio di compatibilità contenuto nell'art. 30, comma 3, della Costituzione. Afferma la sentenza in commento come sia proprio in questo passag-

² Cfr. in *Familia*, 2001, 2, 502.

³ In tema di “parentela naturale” cfr anche LENA, *I diritti successori dei figli naturali tra discriminazione e tutela della famiglia legittima*, in *Familia*, 2001, IV, 1075; SCORTECCI, *La parentela naturale*, in *Studium Iuris*, 2007, 1, 217.

⁴ Cfr. in tema di diritto di commutazione SCARSO, *Il diritto di commutazione*, in *Trattato di diritto delle successioni e donazioni* a cura di Bonilini, Milano, 2009, 3, 287; CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, 3^a ed., Milano, 2009, I, 457; di recente MASINI, *Sub art. 537 c.c.*, in *Comm. C.C. diretto da Gabrielli*, a cura di Cufaro Delfini, Torino, 2010, 542.

⁵ Sulla questione in ordine alla quale anche al coniuge del *de cuius* debba essere riconosciuto il diritto di commutazione cfr. tra gli altri COSTOLA, *Legittimari e diritto di commutazione*, in *Studium iuris*, 2004, 3, 1264.

⁶ Cfr. MENGONI, *Successioni per causa di morte. Parte speciale. Successione legittima*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, 6^a ed., Milano, 1999, 76; AZZARITI, *Successioni dei legittimari e successioni dei legittimi*, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1997, 94.

⁷ Secondo altri, invece, il diritto di opposizione riconosciuto ai figli naturali farebbe degradare l'istituto da diritto potestativo ora a diritto di credito dei figli legittimi avente ad oggetto la pretesa di un comportamento meramente omissivo da parte dei figli naturali, ora ad interesse legittimo cfr. a tal proposito CARUSI, *Le divisioni*, Torino, 1978, 208.

⁸ Cfr. SCARSO, *op. cit.*, 297.

⁹ LENA, *op. cit.*, 1092.

gio della disposizione della Carta l'inverato punto di equilibrio fra una dinamica di ordine evolutivo, segnata come indirizzo e approdo, — quella, cioè, della tendenziale parificazione della posizione dei figli naturali —, e il diverso ordine di esigenze scaturenti dalla posizione della famiglia legittima, in rapporto con il mu-tevole divenire del sentire sociale.

Quindi, lungi dall'essere il motivo di illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 3 e 30 Cost., è l'intervento del giudice dell'opposizione, che darà del caso concreto una lettura costituzionalmente orientata, interpretando il "privilegio" del quale ancora sono titolari i figli legittimi, declinandolo, a seconda delle specifiche condizioni della fattispecie, in armonia con la sensibilità del costume sociale e tenendo il sistema entro i cardini dei valori costituzionali.

CLARA SGOBBO

RAPPRESENTAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 28 ottobre 2009, n. 22840 — SCHETTINO *Presidente* — PETITTI *Relatore* — GOLIA P.M. (conf.) — G.N. ed altro (avv. Magistri) - L.C. (avv. Parisi) ed altri.

Successione legittima e testamentaria — Rappresentazione nella successione legittima e in quella testamentaria — Ambito di applicazione — Limiti soggettivi — Determinazione (C.c. art. 468).

L'ambito di applicazione dell'istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima che in quella testamentaria, è circoscritto dall'art. 468 c.c., nel senso che essa ha luogo a favore dei discendenti del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto; ne consegue che sono esclusi dalla rappresentazione i discendenti del nipote ex filio (1).

 *Omissis.* — *Svolgimento:* Con citazione del novembre 1990, (A) e (B) convenivano in giudizio, dinnanzi al Tribunale di Patti, (C), in proprio e nella qualità di esercente la potestà dei genitori sui figli minori (D), (E) e (F), esponendo che la convenuta si era impossessata di parte dell'eredità proveniente da loro padre, (G), deceduto nel 1990, accampando un inesistente diritto di succedere per rappresentazione a (H), nipote *ex filia* del *de cuius*, padre dei minori e marito della convenuta stessa. Chiedevano pertanto che, accertato il diritto di proprietà di essi attori e dei coeredi (I) e (L) su tali beni, la convenuta fosse condannata al rilascio degli stessi, indebitamente occupati.

Si costituiva la convenuta, la quale eccepiva sia i diritti successori dei suoi figli minori, sia, in subordine, l'intervento acquisto per usucapione dei beni stessi, posseduti per il tempo necessario da lei e dal defunto marito; in via riconvenzionale, chiedeva la condanna degli attori alla rifusione, pro quota, del compenso da essa prestatato al *de cuius*.

Disposta l'integrazione del contraddittorio nei confronti degli altri coeredi, nonché di (O) e (E), nel frattempo divenuti maggiorenni, l'adito Tribunale, con sentenza del 7 dicembre 2000, accoglieva la domanda.

Proponevano appello (C), in proprio e nella qualità, (D) e (E); resistevano al gravame (L), (B) e (I).

Con sentenza depositata il 31 ottobre 2003, la Corte d'appello di Messina, accoglieva l'appello e rigettava le domande originariamente proposte da (A) e (B), compensando tra le parti le spese del doppio grado.

La Corte rilevava, innanzitutto, che il *de cuius* (G), nel 1983, dispose con testamento pubblico dei propri beni in favore dei figli nonché del nipote *ex filia* (a lui premorta) (H), il quale era poi deceduto prima dell'apertura della successione, avvenuta nel 1990. Oggetto del contendere era quindi la sussistenza o meno del diritto dei figli del (H) a succedere al bisnonno in rappresentazione del padre.

Ciò premesso, e ricordato che l'articolo 468 c.c. delinea i limiti soggettivi della rappresentazione stabilendo, per quanto riguarda la successione in linea retta, che essa può avere luogo a favore dei discendenti dei figli del defunto, riteneva che detta norma fosse suscettibile di due interpretazioni, potendosi infatti ritenere che la stessa si limiti ad indicare solo la qualità soggettiva del cosiddetto rappresentante ovvero che indichi anche quella del cosiddetto rappresentato. In base alla prima interpretazione, osservava la Corte, la tesi degli appellanti sarebbe risultata fondata, essendo essi pacificamente eredi della figlia del *de cuius* (e non estranei, come affermato dal giudice di primo grado); in base alla seconda, invece, sarebbe risultata fondata la posizione degli appellati, dal momento che la disposizione testamentaria non riguardava un figlio del *de cuius*, ma un suo discendente di grado, meno prossimo.

La Corte riteneva quindi che dovesse essere seguita la prima soluzione, non ostando ad essa l'elemento letterale della disposizione, la quale si limita ad indicare i soggetti idonei ad acquisire la qualità di rappresentanti, senza nulla dire in ordine al rappresentato, e deponendo in suo favore elementi logici e sistematici, quale, in particolare, il fatto che l'articolo 469 c.c. precisa che la rappresentazione ha luogo in infinito, rendendo quindi plausibile la conclusione per cui il legislatore, con l'istituto della rappresentazione, ha inteso tutelare i discendenti del *de cuius* nella massima estensione possibile, sicché sarebbe contraddittorio e illogico configurare uno sbarramento iniziale alla operatività dell'istituto stesso. Del resto, osservava la Corte territoriale, nella giurisprudenza di legittimità, a fronte di una pronuncia che sembrerebbe aderire alla seconda impostazione, si è rilevato come la ratio dell'istituto abbia subito un'evoluzione nel senso che, inizialmente orientata a tutelare la famiglia del defunto, la rappresentazione risultava ora volta a tutelare la posizione del mancato successore.

Ciò comportava quindi l'accoglimento del gravame e la reiezione della domanda di rivendica proposta dagli attori originari e di quelle consequenziali. Quanto invece alla domanda riconvenzionale proposta da (L), la Corte riteneva che la stessa non potesse essere accolta sia per carenza di prova, sia perché, comunque, si sarebbe trattato di prestazioni eseguite per ragioni affettive e non in vista di un corrispettivo.

Per la Cassazione di questa sentenza ricorrono (A) e (B) sulla base di un motivo, illustrato da memoria; per gli intimati (C), (F), (E) e (D), è stata depositata una "memoria", nella quale si afferma che le procure dei primi tre intimati sono state rilasciate in calce alle copie notificate del ricorso, mentre per il quarto intimato, (D), è stata depositata procura notarile.

Motivi: Rileva preliminarmente il Collegio che degli intimati solo (E) può ritenersi validamente rappresentato e difeso nel presente giudizio di legittimità, sia pure ai soli fini della partecipazione alla discussione in pubblica udienza — in assenza di un atto qualificabile come controricorso, non essendo la memoria depositata nell'interesse degli intimati notificata ai ricorrenti —, giacché solo (E) (nato 1975) ha rilasciato al difensore una valida procura speciale per atto notaio (M) in Castelnuovo ne' Monti, rep. 216.598, laddove tutti gli altri intimati hanno rilasciato la procura speciale in calce alla copia notificata del ricorso. Ed è noto che «nel giudizio di Cassazione, la procura speciale non può essere rilasciata a margine o in calce ad atti diversi dal ricorso o dal controricorso, in considerazione del tassativo disposto dell'articolo 83 c.p.c., comma 3; ne consegue che deve essere dichiarato inammissibile il ricorso incidentale qualora detta procura speciale sia stata apposta in calce alla copia notifi-

cata del ricorso principale» (Cass., n. 16862 del 2007; Cass., S.U., n. 12265 del 2004).

Venendo quindi all'esame del ricorso, questo si articola in un unico motivo, con il quale i ricorrenti deducono violazione e falsa applicazione dell'articolo 468 c.c., in relazione all'articolo 360, n. 3 c.p.c.

I ricorrenti rilevano che, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, per l'operatività della rappresentazione occorre che il c.d. rappresentato sia figlio del *de cuius*. In tal senso, ricordano quanto affermato nella sentenza n. 1366 del 1975, secondo cui le limitazioni soggettive della rappresentazione sono connaturate e intrinsecamente necessarie alla coerenza giuridica dell'istituto, che è di diritto singolare, giacché in essa vengono alla successione soggetti che senza tale istituto ne resterebbero esclusi e per la quale possono farsi tendenzialmente coincidere le figure del rappresentato e del rappresentante con la categoria generale dei successibili. Altrettanto chiaramente, Cass. n. 5077 del 1990 ha affermato che presupposto determinante della vocazione indiretta è il rapporto di filiazione o di fratellanza della persona, al cui posto si vuol succedere, col *de cuius*. E tale sentenza non è stata minimamente presa in considerazione dalla Corte d'appello, la quale, ha, anzi affermato che non si rinvengono specifiche pronunce di legittimità sul punto, anche se quella del 1975 sembrerebbe aderire a quella dalla medesima Corte territoriale definita seconda impostazione.

Il motivo è fondato e va accolto.

Contrariamente a quanto affermato nella sentenza impugnata, la questione dei limiti soggettivi di applicabilità dell'istituto della rappresentazione ha formato oggetto di esame nella giurisprudenza di questa Corte, la quale ha dato alla questione risposta univoca, nel senso della non estensibilità dell'istituto oltre i casi previsti dall'articolo 468 c.c.

Già nella sentenza n. 911 del 1946, si affermò che «l'articolo 468 c.c. circoscrive rigorosamente i limiti di applicazione dell'istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima sia in quella testamentaria, nel senso che essa ha luogo a favore dei discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto. Sono, pertanto, esclusi dalla rappresentazione i discendenti dei collaterali di terzo o ulteriore grado (es. nipoti *ex fratre*)». In motivazione, si è precisato che «la rappresentazione [...] non ha luogo a favore dei discendenti legittimi di qualunque chiamato, ma solo dei discendenti del chiamato, che sia figlio ovvero fratello o sorella del defunto.

Ciò dispone l'articolo 468 c.c., circoscrivendo l'ambito di applicazione dell'istituto nei confronti dei soggetti a cui favore opera, e cioè della persona del rappresentante e del rappresentato. Sicché, per aversi rappresentazione nella linea retta, è necessario che il chiamato sia figlio della persona della cui eredità si tratta, e nella linea collaterale che sia fratello o sorella del *de cuius*.

Sono invece esclusi dalla rappresentazione i discendenti dei collaterali di terzo o ulteriore grado: ond'è che quando [...] gli istituiti con testamento siano nipoti *ex fratre*, e alcuni di essi non possano accettare l'eredità perché premorti al testatore, non si fa luogo alla rappresentazione, perché manca l'istituzione del fratello o della sorella che, nella linea collaterale, è la persona che la legge considera debba essere rappresentata».

La Corte si pose altresì il problema della esistenza di un diverso orientamento, maturato nella vigenza del codice del 1865, che ammetteva la rappresentazione anche a favore dei discendenti dei nipoti *ex fratre*, istituiti eredi e premorti al testatore. Ma, si è osservato, il legislatore del 1942 ha mostrato di volersi deliberatamente discostare da tale orientamento. Infatti, mentre «il progetto preliminare aveva, nella successione testamentaria, ammesso la rappresentazione anche a favore dei discendenti dell'erede o legatario "istituito", non solo se fratello o sorella, ma anche se discendente di costoro [...], la innovazione non passò nel codice, essendo sembrato "inopportuno ampliare il campo di applicazione dell'istituto nella linea collaterale" (Relazione ministeriale al progetto definitivo, n. 22)».

Né, ad avviso della Corte, poteva porsi il problema di ricercare adattamenti nell'ambito della successione testamentaria, posto che il nuovo codice ha dato all'istituto una disciplina uniforme per le successioni legittime e quelle testamentarie, e che la lettera della legge, conforme anche all'intendimento del legislatore, non consentiva l'estensione della rappresentazione nel caso in cui il rappresentato fosse un soggetto diverso dai figli, dai fratelli o dalle sorelle.

Nella sentenza n. 1366 del 1975, si è ulteriormente precisato che «La successione per rappresentazione costituisce un caso di vocazione indiretta in ragione della quale la posizione dell'erede rappresentante si determina in base al contenuto (luogo e grado) della vocazione del chiamato (rappresentato), nel presupposto determinante e qualificante che egli non possa o non voglia venire alla successione, e nei limiti soggettivi specificamente dettati dagli articoli 467 e 468 c.c. I suddetti limiti richiedono per la rappresentazione in linea retta che il c.d. rappresentato sia figlio (senza distinzione tra figli legittimi, legittimati, adottivi, naturali) del *de cuius*, e che il c.d. rappresentante sia discendente anche naturale del rappresentato, e per la rappresentazione in linea collaterale che il c.d. rappresentato sia fratello o sorella del *de cuius* e che il c.d. rappresentante sia discendente anche naturale del medesimo (tenendo anche presente la sentenza della Corte Costituzionale n. 79 del 1969, la quale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli articoli 467 e 468 c.c. — oltre che dell'articolo 577 c.c. — limitatamente alla parte in cui esclude dalla rappresentazione il figlio naturale di chi, a sua volta figlio o fratello del *de cuius*, non potendo o non volendo accettare, non lasci o non abbia discendenti legittimi)».

Nella medesima sentenza si è poi ritenuta manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 467 e 468 c.c. per violazione dell'articolo 3 Cost., «in quanto sono stabiliti limiti soggettivi, in tema di rappresentazione, a proposito sia del rappresentato sia del rappresentante». In motivazione, la Corte ha chiarito che «le limitazioni soggettive caratterizzanti le figure dei c.d. rappresentato e rappresentante nell'istituto in esame sono connaturate ed intrinsecamente necessarie alla coerenza giuridica della rappresentazione la quale è un istituto di diritto singolare nel quale vengono alla successione soggetti che senza di esso ne resterebbero esclusi e per il quale non possono farsi tendenzialmente coincidere le figure del rappresentato e del rappresentante con la categoria generale dei successibili».

Tali principi sono stati ribaditi da Cass., n. 5077 del 1990, secondo cui «L'indicazione dei soggetti a favore dei quali ha luogo la successione per rappresentazione, quale preveduta dagli articoli 467 e 468 c.c., è tassativa, essendo il risultato d'una scelta operata dal legislatore, sicché non è data rappresentazione quando la persona cui ci si vuole sostituire non è un discendente, fratello o sorella del defunto, ma il coniuge di questi», e da Cass. n. 3051 del 1994.

In quest'ultima pronuncia, la Corte, dopo aver ricostruito le origini dell'istituto della rappresentazione, ha osservato come sia conseguente alla evoluzione strutturale dell'istituto anche il variare, nel tempo, del suo fondamento sociale, rilevando che «superata la tesi iniziale — che ancorava la *ratio* della rappresentazione a ragioni di tutela di una volontà presunta del *de cuius* — la dottrina prevalente, prima della citata sentenza n. 79 del 1969, aveva finito [...] con l'individuare lo scopo dell'istituto nella protezione della famiglia legittima e, più precisamente, della stirpe legittima del *de cuius*. Ma è stata poi la stessa Corte Costituzionale a rilevare — con la riferita statuizione — che, quale che sia la natura della rappresentazione, "in concreto questa tutela gli interessi della famiglia del mancato erede, impedendo che i beni le siano tolti sol perché il genitore non vuole o non può accettarli". La Corte, peraltro, ha osservato che, pur se la *ratio* dell'istituto si è progressivamente spostata dalla tutela della famiglia del defunto alla tutela di quella del mancato successore, tuttavia non è venuto meno il carattere eccezionale della rappresentazione, nel sistema successorio. «Questa opera infatti in deroga ai principi generali sull'ordine dei successibili, antepoendo nelle ipotesi di cui agli articoli 467

e 468 c.c., i discendenti del chiamato, che non voglia o non possa accettare, a quegli che sarebbero stati altrimenti chiamati in linea ulteriore. Ed è evidente che il margine di estensibilità di una tale deroga, che esprime una valutazione squisitamente discrezionale del legislatore, non può essere divaricato senza impingere in quella discrezionalità. Il che neppure al Giudice delle leggi è consentito, dovendo anche i più sofisticati strumenti decisorii a sua disposizione (sentenze additive, manipolative etc.) rispettare la nota linea di confine che separa la funzione sindacatoria della Corte Costituzionale da quella propriamente normativa riservata al Parlamento».

Nel caso di specie, emerge dalla sentenza impugnata che il *de cuius*, (G), nel 1983 ha disposto con testamento pubblico dei propri beni in favore dei figli, nonché del nipote *ex filia* (a lui premorta) (H), il quale peraltro è deceduto prima dell'apertura della successione, avvenuta nel 1990.

In tale situazione, la Corte d'appello, nel ritenere che la lettera dell'articolo 468 c.c. — il quale, giova ribadire, dispone, per quanto qui rileva, che «la rappresentazione ha luogo, nella linea retta, a favore dei discendenti dei figli legittimi, legittimati e adottivi, nonché dei discendenti dei figli naturali del defunto», nonché, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 79 del 1969, del figlio naturale di chi, a sua volta figlio o fratello del *de cuius*, non potendo o non volendo accettare, non lasci o non abbia discendenti legittimi — non costituisca un ostacolo alla estensione della possibilità di succedere per rappresentazione anche in favore di soggetti discendenti da persone diverse dai figli del *de cuius*, si è discostata dagli indicati principi. Né, deve aggiungersi può valere a sostenere la diversa interpretazione il fatto, evidenziato nella sentenza impugnata, che l'articolo 469 c.c. prevede che «la rappresentazione ha luogo in infinito [...]», giacché tale disposizione non può non essere interpretata con riferimento alla previsione del precedente articolo, che, come visto, individua i rappresentabili precisando che essi debbono essere i figli, i fratelli o le sorelle del *de cuius*. Una volta rispettata questa condizione iniziale, certamente poi la rappresentazione può operare «in infinito» ma, come detto, nel caso di specie, è proprio il requisito iniziale a fare difetto.

Da ultimo, si deve rilevare che, nel caso di successione testamentaria e nel caso in cui l'impossibilità dell'istituto di succedere dipenda, come nel caso di specie, dal fatto che lo stesso premuoia al testatore, l'effetto pregiudizievole per i discendenti dell'istituto che non sia figlio, fratello o sorella del testatore, potrebbe pur sempre essere eliminato dal medesimo testatore attraverso una nuova manifestazione di volontà che, prendendo atto della premorienza dell'istituto, indirizzi le disposizioni testamentarie in favore dei discendenti che non potrebbero succedere per rappresentazione; salva sempre la facoltà per il testatore di disporre una istituzione sostitutiva.

In conclusione, il ricorso va accolto e la sentenza impugnata deve essere cassata.

Il giudice di rinvio, che si indica nella Corte d'appello di Catania, procederà a nuovo esame della controversia alla luce del seguente principio di diritto: «l'articolo 468 c.c. circoscrive i limiti di applicazione dell'istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima sia in quella testamentaria, nel senso che essa ha luogo a favore dei discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto. Sono, pertanto, esclusi dalla rappresentazione i discendenti del nipote *ex filio*».

Al giudice del rinvio è demandata altresì la regolamentazione delle spese del giudizio di legittimità.

P. Q. M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Catania. — *Omissis*.

(1) Sui presupposti soggettivi di applicazione della rappresentazione

SOMMARIO: 1. Nozione di rappresentazione. — 2. Natura giuridica. — 3. Effetti. — 4. Presupposti di applicazione: conclusioni.titolo

Con il provvedimento in epigrafe la suprema Corte cassa con rinvio la sentenza della Corte d'appello, circoscrivendo l'ambito soggettivo di applicazione dell'istituto della rappresentazione ai rappresentanti che siano discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto, escludendone i discendenti del nipote *ex filio*.

1. Nozione di rappresentazione.

La rappresentazione è una sostituzione *ex lege* che consente ai discendenti (c.d. rappresentanti) di sostituirsi, nel luogo e nel grado, all'ascendente (c.d. rappresentato) che non può o non vuole succedere (art. 467 c.c.). In virtù della medesima, perciò, i discendenti (nati o concepiti) subentrano nello stesso diritto di successione al quale il loro ascendente ha rinunciato o che non ha potuto esercitare per premorienza all'ereditando o indegnità.

L'istituto si articola, pertanto, attorno a tre categorie di soggetti: il *de cuius*, il rappresentante e il rappresentato. Quest'ultimo, tuttavia, è estraneo al rapporto successorio, assumendo rilievo ai soli fini della determinazione dell'entità dei beni da devolvere al rappresentante¹.

La *ratio* della rappresentazione era stata in un primo momento individuata nella volontà del testatore e nella tutela della famiglia legittima. Tuttavia, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale² e della riforma del diritto di famiglia (L. 19 maggio 1975, n. 151), che hanno esteso l'applicazione dell'istituto anche ai discendenti naturali, essa va rinvenuta nella tutela della famiglia (comprensiva sia dei discendenti legittimi, sia di quelli naturali) del *de cuius*.

La rappresentazione, inoltre, giusto il disposto dell'art. 467, comma 2, c.c. opera sia nella successione legittima, sia in quella testamentaria, salvo che si tratti di legato di usufrutto o di altro diritto di natura personale.

2. Natura giuridica.

In primo luogo, va operata una precisazione. Come si è accennato, il rappresentato rimane estraneo al rapporto successorio. Di conseguenza, è certamente da escludersi, malgrado l'assonanza, che la rappresentazione possa essere ricondotta alla figura della rappresentanza, poiché quest'ultima si sostanzia nel potere di agire in nome e per conto altrui, mentre il chiamato in rappresentazione succede *iure proprio*, esercita, cioè, un proprio diritto di successione e non un diritto del rappresentato, quale diretto successore del defunto³.

¹ BIANCA, *Diritto civile*, II, *La famiglia. Le successioni*, Milano, 2001, 517 e segg.

² Corte cost., 14 aprile 1969, n. 79, in *Foro It.*, 1969, I, 1033 e segg.

³ CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano, 2001, 139 e segg.

Quanto alla natura giuridica della rappresentazione possono richiamarsi due principali orientamenti.

Parte della dottrina⁴ richiama la nozione di vocazione indiretta, volendo con questa espressione significare che la chiamata è mediata o indiretta, avendo luogo solo nel caso in cui il primo chiamato non possa o non voglia accettare l'eredità⁵.

A tale tesi altra dottrina⁶ ha obiettato che la vocazione non deriva al chiamato per rappresentazione da quella di altro soggetto, poiché egli succede *iure proprio*, in maniera autonoma. La rappresentazione, perciò, configurerebbe, piuttosto, un'ipotesi di delazione indiretta. Soggettivamente indiretta, in quanto il rappresentante viene alla successione subordinatamente al fatto che il primo chiamato o anche solo il designato non possa o non voglia accettare l'eredità; oggettivamente indiretta, perché il contenuto della successione è determinato con riferimento a quella del primo chiamato o designato. Tale delazione può essere immediata, come avviene nella ipotesi di premorienza o assenza del rappresentato, o differita, nei casi di indegnità, rinuncia, o perdita del diritto di accettare l'eredità.

3. Effetti.

Effetto della rappresentazione è quello di far subentrare i rappresentanti nel luogo e nel grado successorio del rappresentato (art. 467, comma 1, c.c.), derogando al principio della prossimità del grado.

I rappresentanti, inoltre, possono esperire l'azione di riduzione se la quota spettante all'ascendente sia risultata lesa, pur dovendo, in tale ipotesi, imputare le donazioni e i legati di cui l'ascendente abbia beneficiato da parte del *de cuius*, salva l'espressa dispensa (art. 564, comma 3, c.c.).

I discendenti che succedono per rappresentazione, inoltre, hanno l'obbligo di conferire in collazione le donazioni fatte dal defunto all'ascendente (art. 740 c.c.).

Come accennato, i rappresentanti succedono *iure proprio*, esercitano cioè un diritto proprio, assumendo la veste di diretti successori del defunto, perciò, devono imputare (art. 564, comma 2, c.c.) e conferire in collazione (art. 737, comma 1, c.c.) le donazioni ricevute dal defunto e, a loro volta, non possono succedere se indegni nei suoi confronti.

Viceversa, le donazioni fatte dal rappresentato ai rappresentanti non devono essere conferite in collazione e non hanno alcuna rilevanza né l'incapacità o l'indegnità nei confronti del rappresentato, né la rinuncia alla sua eredità (art. 468, comma 2, c.c.).

Ai sensi dell'art. 469, comma 1, c.c., la rappresentazione «ha luogo in infinito». Di conseguenza, se uno dei discendenti non può o non vuole accettare, subentrano a loro volta per rappresentazione i suoi discendenti, e così via.

Il diritto successorio si divide egualmente tra i chiamati in rappresentazione e la quota spettante a ciascun chiamato si suddivide a sua volta tra gli ulteriori chiamati in rappresentazione con la suddivisione della quota per stirpi nell'ambito di ciascun ramo (art. 469, comma 3, c.c.).

Come si è affermato per i rappresentanti, anche gli ulteriori chiamati in rappresentazione sono diretti successori del defunto e non del rappresentato.

4. Presupposti di applicazione: conclusioni.

I presupposti di applicazione della rappresentazione vanno distinti in oggettivi e soggettivi.

Quanto ai primi, va ricordato che la rappresentazione ha luogo in tutti i casi in cui l'ascendente non può o non vuole accettare l'eredità o il legato (art. 467 c.c.). L'impossibilità di accettare l'eredità si verifica quando l'ascendente sia premorto all'ereditando ovvero ne sia incerta l'esistenza (art. 70 c.c.) ovvero sia indegno (art. 463 c.c.). L'ascendente «non vuole», invece, accettare quando abbia rinunciato all'eredità.

I presupposti soggettivi attengono, d'altro canto, alle caratteristiche personali dei rappresentanti e dei rappresentati.

Quanto ai rappresentanti, l'art. 467, comma 1, c.c. prevede solo la successione dei discendenti legittimi e naturali, ma è evidente che ai medesimi devono ritenersi equiparati i legittimati (art. 280 c.c.).

I discendenti adottivi succederanno per rappresentazione solo se si tratta di adozione con effetti legittimanti (cioè, l'adozione disciplinata dalla L. 4 maggio 1983, n. 184 riguardante i coniugi che siano riconosciuti idonei ad educare, istruire e mantenere i minori che si trovano in situazione di abbandono permanente), in quanto in queste ipotesi l'adottato acquista lo stato di figlio legittimo dell'adottante, instaurando rapporti di parentela con gli ascendenti dell'adottante stesso (cfr. art. 27, L. 4 maggio 1983, n. 184).

Ciò non sarà, invece, possibile nei casi di adozione di maggiori di età che, cioè, può essere effettuata da persone che non hanno discendenti legittimi o legittimati, che hanno compiuto gli anni trentacinque e che superano di almeno diciotto anni l'età di coloro che intendono adottare (art. 291 c.c.).

⁴ CARIOTA-FERRARA, *Le successioni per causa di morte, Parte generale*, Napoli, 1977, 267; NICOLÒ, *La vocazione ereditaria diretta e indiretta*, Messina, 1934, 175; PEREGO, voce «Rappresentazione», in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 1980, V, 98.

⁵ Di particolare interesse la tesi di BIANCA, *op. cit.*, 523 e seg., il quale afferma: «Il testo normativo, che indica la rappresentazione in termini di subingresso nel luogo del rappresentato, appare piuttosto orientato verso l'idea della surrogazione legale. Il richiamo alla surrogazione legale deve essere precisato anzitutto per quanto riguarda l'oggetto. La surrogazione ha ad oggetto il diritto di successione destinato all'ascendente (a prescindere dalla circostanza che tale diritto sia stato o no acquisito). Occorre poi aggiungere che la posizione del rappresentante

non appare originaria e autonoma, in quanto essa dipende interamente dalla posizione destinata all'ascendente, nel senso che in tanto egli acquista il diritto successorio in quanto tale diritto fosse destinato al rappresentato. Se, ad es., si accerta l'invalidità della disposizione testamentaria a favore del rappresentato, nessun diritto può essere vantato dal rappresentante. Può quindi dirsi che il diritto di successione fatto valere dal rappresentante è lo stesso diritto (sia pure per quota) destinato all'ascendente. In conclusione, appare appropriato qualificare la rappresentazione come un'ipotesi di surrogazione legale del rappresentante nel diritto successorio destinato al rappresentato».

⁶ FERRI, *Successioni in generale*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1980, Libro II, 199 e segg.

Relativamente ai rappresentati, l'art. 468 c.c. prevede che essi siano figli o fratelli/sorelle del defunto. La rappresentazione, perciò, quale istituto tradizionalmente diretto a conservare i beni alle stirpi familiari di coloro che sono figli o fratelli del *de cuius*, senza distinzione tra parentela legittima e naturale, non va applicata in maniera generale a tutte le ipotesi in cui un successibile non possa o non voglia succedere.

La questione che viene affrontata dalla sentenza in commento attiene proprio alla categoria dei rappresentati. Il problema è se l'art. 468 c.c. comprenda o meno all'interno di tale categoria soltanto i figli nonché i fratelli del *de cuius* oppure anche i suoi nipoti *ex filio* ed *ex fratre*.

I giudici di legittimità rilevano che la disposizione normativa va interpretata nel senso che l'istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima sia in quella testamentaria, abbia luogo a favore dei discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto, restando, pertanto, esclusi dalla sua operatività i discendenti del nipote *ex filio*.

La suprema Corte conferma in tal modo l'orientamento⁷ che ritiene preferibile la tesi negativa, qualificando la rappresentazione come un istituto eccezionale il cui ambito di applicazione va limitato ai casi espressamente previsti, argomentazione che sembra, peraltro, trovare fondamento, da una parte, nel timore di ampliare l'ambito di applicazione dell'istituto in maniera eccessiva fino a comprendere persone aventi con il defunto un vincolo di sangue poco stretto, dall'altra, nell'intento di conservare il patrimonio ereditario nell'ambito della famiglia del *de cuius*.

Non mancano, tuttavia, autori⁸ e decisioni della giurisprudenza di merito⁹ che estendono l'ambito di applicazione dell'istituto *de quo*, affermando che i rappresentati non debbono essere necessariamente figli o fratelli o sorelle del defunto, potendo anche essere discendenti del figlio o del fratello o della sorella. Ciò non solo in base alla collocazione della disciplina della rappresentazione all'interno del Titolo I del Libro II del codice civile tra le "Disposizioni generali sulle successioni", ma anche e soprattutto in relazione al fine politico-sociale della normativa costituito, nel diritto

vivente, dalla tutela della stirpe del mancato successore. Sul punto sarebbe forse auspicabile una riflessione ulteriore.

PAOLO MONTELEONE

COMUNIONE LEGALE DEI BENI

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 28 ottobre 2009, n. 22755 — CARBONE *Presidente* — NAPPI *Relatore* — PIVETTI *P.M.* (diff.) — Puleo (avv. Salemi) - Bonnici (avv. Cacopardo).

Famiglia (regime patrimoniale) — Comunione legale dei beni — Dichiarazione del coniuge non acquirente di assenso alla intestazione esclusiva del bene a favore dell'altro — Natura non negoziale — Inidoneità ad escludere l'acquisto dalla comunione (C.c. artt. 177, comma 1, lett. a), 179, comma 2).

Famiglia (regime patrimoniale) — Comunione legale — Beni personali — Esclusione — Necessità di dichiarazione espressa (C.c. artt. 177, comma 1, 179, comma 2).

In regime di comunione legale, la dichiarazione di assenso del coniuge non acquirente all'intestazione personale del bene all'altro coniuge non vale ad escluderlo dalla comunione in mancanza dell'effettiva natura personale del bene (1).

Ai fini dell'esclusione dalla comunione legale dei beni di cui all'art. 179, comma 1, lett. c), d) e f) non è sufficiente la natura personale del bene, ma è altresì necessario che essa sia dichiarata dall'acquirente con l'adesione dell'altro coniuge (2).



V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2009, 12, 2596.



(1-2) La sentenza affronta il tema, a lungo oggetto di dibattito, della disponibilità del diritto alla comunione legale sui beni che per legge vi sarebbero inclusi, in specie con riguardo all'ipotesi di estromissione dal patrimonio coniugale di un bene specificata-

⁷ Cfr. Cass., 18 luglio 1946, n. 911, in *Giur. It.*, 1947, 323 e segg. che affermava che «l'articolo 468 c.c. circoscrive rigorosamente i limiti di applicazione dell'istituto della rappresentazione, sia nella successione legittima sia in quella testamentaria, nel senso che essa ha luogo a favore dei discendenti legittimi del chiamato che, nella linea retta, sia figlio e, in quella collaterale, fratello o sorella del defunto. Sono, pertanto, esclusi dalla rappresentazione i discendenti dei collaterali di terzo o ulteriore grado (es. nipoti *ex fratre*)», precisando che «la rappresentazione [...] non ha luogo a favore dei discendenti legittimi di qualunque chiamato, ma solo dei discendenti del chiamato, che sia figlio ovvero fratello o sorella del defunto». Tale interpretazione ha, in seguito, trovato conferma; cfr. Cass., 11 aprile 1975, n. 1366, in *Mass. Giur. It.*, 1975, 373 e segg.; Id., 6 ottobre 1976, n. 3300, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, 593 e segg.; Id., 30 maggio 1990, n. 5077, in *Repertorio Foro It.*, voce "Successione ereditaria", n. 62. In quest'ultima decisione i giudici di legittimità affermano che: «L'indicazione dei soggetti a favore dei quali ha luogo la successione per rappresentazione, preveduta dagli artt. 467 e 468 c.c., è tassativa essendo il risultato di una scelta operata dal legislatore, sicché non è data rappresentazione quando la per-

sona cui ci si vuol sostituire non è un discendente, fratello o sorella del defunto, ma il coniuge di questi».

⁸ Per tutti, cfr. MOSCATI, *Limiti della successione per rappresentazione nella linea collaterale (profili storici e costituzionali)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1977, 519 e segg., per il quale «l'esclusione dei collaterali di grado più remoto dal novero dei soggetti rappresentabili rischia di tradursi in una vera e propria disparità di trattamento», ritenendo che «è innegabile che il codice vigente abbia accentuato la tendenza ad ampliare la sfera di applicazione dell'istituto. La collocazione della materia nel Titolo I del libro secondo, relativo alle "disposizioni generali sulle successioni", mentre nel codice del 1865 era disciplinata dal capo delle "successioni legittime", ha risolto ogni dubbio sul fatto che si tratti di un istituto di carattere generale del diritto delle successioni».

⁹ Cfr. App. Milano, 24 novembre 1992, in *Giur. It.*, 1994, I, 2, 26 e segg., per la quale «l'istituto della rappresentazione si applica, in linea collaterale, non solo quando il rappresentato, che non possa o non voglia accettare l'eredità, sia un fratello o una sorella del *de cuius*, ma anche quando sia un nipote a beneficio del quale è stato formulato il testamento».

mente individuato, non rientrando nella categoria di beni personali dei quali l'art. 179 c.c. dispone l'esclusione¹.

Più in particolare il quesito posto alla suprema Corte attiene alla possibilità di escludere dal regime di comunione un bene specifico ancor prima che esso entri formalmente a far parte del patrimonio comune, mediante l'adesione del coniuge non acquirente all'istituzione esclusiva del bene a favore dell'altro (c.d. "rifiuto di coacquisto"). La fattispecie, dunque, impone di valutare se l'intervento adesivo del coniuge non acquirente sia condizione sufficiente ad escludere dalla comunione legale il bene acquistato, indipendentemente dalla natura personale di esso².

Sul punto si registrano storicamente due orientamenti contrapposti.

Secondo un primo indirizzo, sostenuto dalla dottrina maggioritaria e da una parte della giurisprudenza, ben sarebbe possibile per i coniugi estromettere alcuni beni dal regime patrimoniale prescelto, indipendentemente dalla natura personale degli stessi, mediante una dichiarazione, avente natura negoziale, volta a rifiutare la contitolarità del bene³.

A sostegno di questo primo orientamento si è rilevato come da un lato all'indomani della riforma del diritto di famiglia, l'ordinamento si presenti favorevole alle modificazioni *post nuptias* del regime patrimoniale tra i coniugi e, dall'altro, come non vi sia alcuna disposizione idonea ad escludere che tali modifiche possano concernere singoli e determinati beni, altrimenti destinati ad essere attratti al patrimonio coniugale. In tal senso si osserva, infatti, come una simile limitazione non sia rintracciabile nell'art. 210 c.c. il quale sancisce l'indisponibilità del regime di comunione solo per quanto concerne l'amministrazione dei beni e la parità delle quote, ma nulla dispone in merito alla maggiore o minore estensione del patrimonio assoggettato alla disciplina anzidetta.

D'altra parte, aggiungono i sostenitori di questo orientamento, la possibilità per il coniuge di rifiutare l'attribuzione patrimoniale in comunione risponderebbe al generale principio espresso dal brocardo latino *nemo invitus locupletari potest*. Ad esso, invero, potrebbe farsi eccezione solo qualora si dimostrasse che tale contitolarità sia stata attribuita in funzione di interessi estranei e ulteriori a quelli del coniuge beneficiario; ciò tuttavia, sarebbe da escludere.

In primo luogo, infatti, la contitolarità del bene in comunione non sembra essere attribuita a tutela degli interessi dell'altro coniuge, atteso che è la stessa legge che consente agli sposi di modificare completamente il proprio regime patrimoniale in separazione dei beni, vanificando così del tutto il diritto del coniuge alla comproprietà sui beni dell'altro. Allo stesso modo deve escludersi che l'interesse tutelato in via ulteriore rispetto a quello dei coniugi possa essere quello della famiglia quale nucleo a sé atteso che, a differenza di quanto accade per il fondo patrimoniale⁴, non vi sono norme sulla comunione che impongano una gestione dei beni volta alla tutela della famiglia. Ed invero i doveri inderogabili di natura patrimoniale imposti ai coniugi, quali il contributo ai bisogni della famiglia e al mantenimento dei figli, prescindono dal regime patrimoniale prescelto, al punto che qualora i beni in comunione risultassero insufficienti essi dovrebbero essere adempiuti con il patrimonio personale⁵.

La tesi ora esposta, manifestatasi già a ridosso dell'entrata in vigore della riforma del diritto di famiglia, è stata da taluni tacciata di una generale avversione per il principio comunitario, in favore della costante applicazione dei principi generali anche nell'ambito del regime patrimoniale tra coniugi⁶.

Secondo un contrapposto orientamento⁷, infatti, l'indeterminata possibilità di esclusione di beni dal regime di comunione svuoterebbe il senso stesso del-

¹ Sul punto si ricorda come la questione della disponibilità del diritto alla comunione legale sia stata posta sia con riferimento all'esclusione da tale regime patrimoniale di categorie di beni in astratto, quanto con riferimento alla esclusione di beni specificatamente individuati. A questo proposito mentre per quest'ultima ipotesi la questione è stata fino ad ora controversa, l'esclusione dalla comunione legale di categorie di beni è invece ritenuta ammissibile per mezzo delle c.d. "convenzioni matrimoniali", disciplinate agli artt. 162, 163 e 164 c.c. A conferma di tale orientamento si richiama, inoltre, l'art. 2647 c.c. il quale disciplina al comma 1 la pubblicità delle convenzioni volte ad estromettere categorie di beni immobili già facenti parti della comunione e, al comma 2, quella concernente le convenzioni che escludono l'acquisizione futura di categorie di beni immobili alla comunione legale.

² È opportuno precisare che ai coniugi in comunione di beni fanno capo tre distinti cespiti: 1) i beni personali, gli unici dei quali il coniuge mantiene la titolarità esclusiva ex art. 179 c.c.; 2) i beni comuni dei quali i coniugi hanno la comproprietà in parti uguali ex art. 177 c.c.; 3) i beni della c.d. *comunione di residuo* rientranti nella comunione solo al momento del suo scioglimento ex artt. 177, lett. b), c) e 178 c.c.

³ Per la dottrina v. Russo, *Le vicende estintive della comunione legale*, Napoli, 2004, 68; DOLIA, *Il rifiuto del coacquisto del coniuge in comunione*, in *La comunione legale: problematiche e questioni a venticinque anni dalla riforma*, atti del Convegno: Cagliari 19 e 20 gennaio 2001, Milano, 2003, 159; DE NOVA, *Disciplina inderogabile dei rapporti patrimoniali e autonomia negoziale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, II,

259; OPPO, *Autonomia negoziale e regolamento tipico nei rapporti patrimoniali tra coniugi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, 19; LO SARDO, *Scioglimento parziale della comunione ed estromissione di singoli beni dalla massa comune*, in *Riv. Notar.*, 1990, 1001; GABRIELLI, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, esclusione della comunione di singoli beni e rifiuto preventivo del coacquisto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1988, 341; FALCONE, *Scioglimento parziale della comunione legale fra coniugi, estromissione di un singolo bene e rapporto con la pubblicità legale*, in *Riv. Notar.*, 1987, 698. Per la giurisprudenza il riferimento è a Cass., 2 giugno 1989, n. 2688, in *Giur. It.*, 1990, 1307, con nota di GALLETTA.

⁴ Il riferimento è all'art. 169 c.c.

⁵ Il riferimento è all'art. 190 c.c.

⁶ QUADRI, *L'oggetto della comunione legale tra i coniugi: I beni in comunione immediata*, in *Fam. e Dir.* 1996, 177.

⁷ Per la dottrina v. RIOLA, *Il regime patrimoniale della famiglia: questioni controverse, profili di responsabilità e tutela del coniuge debole*, Padova, 2008, 30; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 381; BECCARA, *I beni personali*, in *Trattato di diritto di famiglia* a cura di Zatti, III; *Regime patrimoniale della famiglia* a cura di Anelli, Sesta, Milano, 2002, 194; AULETTA, *La comunione legale*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Bessone, Torino, 1999, IV, 223. Per la giurisprudenza di legittimità v. Cass., 6 marzo 2008, n. 6120, in *Notariato*, 2008, 493; Id., 24 settembre 2004, n. 19250, in *Giur. It.*, 2006, 275, con nota di SORRENTINO; Id., 24 febbraio 2004, n. 3647, in *Gius.*, 2004, 2674; Id., 27 febbraio 2003, n. 2954, in *Giur. It.*, 2004, 281, con nota di CEROLINI; Id., 19 febbraio 2000, n. 1917, in *Giust. Civ.*,

l'introduzione, voluta con la riforma, del regime suddetto.

In relazione alle circostanze poste a fondamento del primo indirizzo si è rilevato infatti come, sebbene l'art. 210 c.c. disponga l'inderogabilità del regime di comunione unicamente in tema di amministrazione dei beni ed uguaglianza delle quote, il principio così affermato verrebbe svuotato di significato se si consentisse poi ai coniugi di ridurre senza alcuna limitazione l'area di applicazione di tale disciplina.

Sarebbe, dunque, concesso ai coniugi di manifestare la propria autonomia mediante la scelta di un diverso regime (art. 162, comma 2) o con l'adozione di convenzioni matrimoniali (art. 163 c.c.) ma, una volta adottato il regime di comunione dei beni, esso sarebbe vincolante e non potrebbe pertanto essere snaturato dalla scelta di una diversa disciplina applicabile ai singoli beni.

A conferma della contrarietà dell'ordinamento alla creazione di sistemi "ibridi" si richiama poi l'art. 191 c.c., sotto un duplice profilo. Al comma 1, infatti, detta norma definisce tassativamente i casi di scioglimento della comunione legale, i quali, essendo inerenti allo scioglimento generale della comunione, sembrano sottintendere il principio per cui il regime di comunione può sussistere o meno, ma non essere parzialmente derogato per singoli beni. Al comma 2, poi, lo stesso articolo consente lo scioglimento della comunione, nelle forme della convenzione matrimoniale, in relazione ad un bene specifico, quello dell'azienda di cui all'art. 177, lett. d), ponendosi dunque quale eccezione alla regola ricavabile, come anzidetto, dal comma 1⁸.

D'altra parte, come è stato rilevato, se l'esclusione di singoli beni dalla comunione fosse possibile per mezzo di una semplice dichiarazione del coniuge non acquirente, non avrebbe ragion d'essere l'art. 179 c.c. il quale consente l'estromissione dei soli beni personali e a determinate condizioni.

A quest'ultimo rilievo fa riferimento la suprema Corte a Sezioni unite, nell'aderire all'orientamento da ultimo esposto.

La Corte sancisce l'insufficienza della dichiarazione del coniuge non acquirente ad escludere dal regime di comunione beni che vi sarebbero automaticamente inclusi, qualificando dunque l'intervento adesivo del coniuge quale mera dichiarazione di scienza, non avente natura negoziale.

Sul piano letterale la sentenza rileva infatti come ai sensi dell'art. 179, comma 2, c.c. i beni acquistati restino invero esclusi dalla comunione quando tale esclusione

risulti dall'atto di acquisto del quale sia parte anche l'altro coniuge, ma solo nella misura in cui essi siano effettivamente personali, «producendosi l'effetto limitativo della comunione solo ai sensi delle lett. c) d) e f) del precedente comma».

Sul punto un'ultima notazione appare tuttavia necessaria. Sebbene la pronuncia sia chiara nell'affermare l'indisponibilità del diritto alla comunione sui beni ivi inseriti per legge, essa fonda le conclusioni suddette sul solo dato letterale di cui all'art. 179 c.c. lasciando per altro verso aperta la possibilità di ricavare un principio contrario da altri dati normativi. Si legge infatti nella sentenza: «Certo, potrebbe anche ritenersi che una tale facoltà debba essere riconosciuta ai coniugi per ragioni sistematiche, indipendentemente da una espressa previsione legislativa. Come potrebbe ritenersi che, dopo Corte cost. n. 91/1973, non possa negarsi a ciascun coniuge il diritto di donare anche indirettamente all'altro la proprietà esclusiva dei beni non personali. Ma tali facoltà non potrebbero affatto desumersi dall'art. 179, comma 2, c.c.».

Si rileva a questo proposito che il riferimento della Corte alla donazione tra coniugi è argomento utilizzato proprio a sostegno del contrapposto indirizzo favorevole alla disponibilità del diritto alla comunione, giacché il rifiuto di coacquisto ben può essere tradotto in una donazione, per spirito di liberalità, di un coniuge all'altro del proprio diritto spettantegli su un bene in comunione legale⁹.

Chiarito dunque che la dichiarazione del coniuge non acquirente non è di per sé sufficiente ad escludere dalla comunione legale singoli beni, la Corte si è posta l'ulteriore interrogativo se essa sia tuttavia necessaria all'esclusione dalla stessa di utilità aventi natura personale.

Il quesito si è posto in relazione all'acquisto di beni, immobili o mobili registrati, destinati all'uso strettamente personale o professionale del singolo coniuge (art. 179, comma 2, lett. c) e d), c.c.) o acquistati con il prezzo del trasferimento di beni personali o direttamente con il loro scambio (art. 179, comma 2, lett. f), c.c.), per l'esclusione dei quali la legge richiede, in aggiunta alla natura intrinsecamente personale, la dichiarazione del compratore nonché la partecipazione del coniuge non acquirente.

Anche su questo profilo si sono registrati in passato diversi orientamenti.

Secondo un primo indirizzo, che trae origine dal contesto letterale della norma, la partecipazione del coniuge non acquirente sarebbe sempre necessaria giacché

2000, 1, con nota di FINOCCHIARO; Id., 29 novembre 1986, n. 7060, in *Foro It.*, 1987, 810, con nota di JANNARELLI. Per la giurisprudenza di merito v. Trib. Cagliari, 8 gennaio 2004, in *Riv. Giur. Sarda*, 2005, 357, con nota di DI FORTUNATO; Trib. Napoli, 17 novembre 1993, n. 11304, in *Dir. e Giur.*, 1995, 218, con nota di SINISCALCHI; App. Roma, 22 marzo 2006, massima redazionale 2006; Trib. Catania, 7 aprile 2005, massima redazionale 2005.

⁸ Meno condivisibile appare, sul punto, la tesi di quanti hanno ricavato dalla disposizione citata un principio generale volto a consentire ai coniugi l'estromissione dalla comunione di singoli beni in essa contenuti.

⁹ Il riferimento è alla pronuncia della Corte cost., 14 giugno 1973, n. 91, in *Giust. Civ.*, 1973, 221; nella quale si afferma:

«Evidente appare il contrasto della disposizione dell'art. 781 del codice civile con l'art. 3 della Costituzione. La norma denunciata viola infatti il principio di uguaglianza fra cittadini in quanto stabilisce che la condizione di coniugato con una data persona costituisce un elemento discriminante rispetto alla capacità del non coniugato o del coniugato con altra persona di donare e correlativamente di ricevere per donazione. La disposizione, che limita la capacità contrattuale dei cittadini coniugati nei loro reciproci confronti, riducendo la libertà della loro iniziativa economica garantita dall'art. 41 della Costituzione, non trova alcuna ragionevole giustificazione in motivi che attengano all'utilità sociale o alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana o che comunque possano identificarsi con i principi e i valori tutelati dalla Costituzione o che questa si propone di attuare».

essa non opera alcuna distinzione nel richiamare tale requisito¹⁰. Conseguenza, per vero assai gravosa, di questa lettura è che non sarebbe possibile per l'acquirente dimostrare in altro modo la natura personale del bene acquistato al fine di estrometterlo dal patrimonio comune.

Secondo una tesi contrapposta, invece, proprio la affermata natura meramente ricognitiva della dichiarazione del coniuge non acquirente impedirebbe di qualificare la stessa come requisito necessario. In specie essa rilevarebbe, secondo una parte della dottrina, unicamente qualora il coniuge avesse effettivamente presenziato all'acquisto, essendo solo in tal caso necessario eliminare le incertezze sulla titolarità del bene eventualmente ingenerate dalla sua presenza¹¹. Invero tuttavia, entrambe le tesi ora esposte non appaiono soddisfacenti, l'una per la eccessiva limitazione all'autonomia contrattuale delle parti, l'altra per l'incongruenza rispetto al tenore letterale della norma.

Secondo una tesi intermedia¹², alla quale la sentenza sembra riconducibile, la partecipazione del coniuge non acquirente sarebbe necessaria non al fine della sostanziale esclusione del bene dalla comunione, bensì ai soli fini dell'opponibilità ai terzi¹³.

La tesi in esame risulta altresì avvalorata dalla circostanza che la dichiarazione *de qua* è richiesta per i soli beni immobili o mobili registrati e sembra dunque essere volta a garantire una maggiore certezza nella circolazione degli stessi¹⁴.

Dalla ricostruzione in questi termini del necessario intervento adesivo del coniuge non acquirente derivano, poi, due rilevanti conseguenze. Non solo, infatti, sarebbe possibile per il coniuge acquirente far accertare in giudizio la natura personale del bene qualora l'altro coniuge rifiuti di partecipare all'atto di acquisto¹⁵, ma sarebbe altresì possibile per il coniuge che ha effettuato l'intervento adesivo far accertare successiva-

mente l'insussistenza del requisito di cui all'art. 179, comma 2, c.c.¹⁶, salvo determinare l'ambito di cognizione di tale giudizio di accertamento in relazione all'efficacia probatoria dell'intervento da quest'ultimo reso.

In specie, qualora l'intervento del coniuge non acquirente sia volto ad attestare la già sussistente qualità personale dell'acquisto (in quanto scambiato con un altro bene di natura personale o acquistato con il denaro della vendita di quest'ultimo) esso avrà natura ricognitiva, di tipo confessorio, e sarà pertanto revocabile unicamente nei limiti di cui all'art. 2732 c.c.¹⁷

Qualora, al contrario, l'intervento del coniuge non acquirente manifesti l'intento di assegnare natura personale al bene acquistato (ad esempio l'intento di destinarlo all'attività professionale), non tanto rileverà la veridicità della dichiarazione, quanto piuttosto l'effettiva destinazione impressa al bene a seguito dell'acquisto.

Affermata, pertanto, la possibilità di un accertamento successivo della comunione gravante su un bene, la Corte affronta infine la connessa questione degli effetti che tale sopravvenuto accertamento può avere sugli acquirenti in buona fede del bene alienato dal coniuge unico intestatario.

In proposito la sentenza ritiene non opponibile ai terzi acquirenti di buona fede il sopravvenuto accertamento della comunione salvo, tuttavia, che la domanda di accertamento della titolarità del bene sia stata scritta anteriormente all'acquisto.

A sostegno di questa conclusione, peraltro coerente con le premesse svolte in tema di natura e necessità della dichiarazione suddetta, la Corte evidenzia come l'azione di cui all'art. 184 c.c., per mezzo della quale il coniuge può ottenere l'annullamento degli atti compiuti senza il suo necessario consenso, sia a tutti gli effetti un'azione di annullamento¹⁸, alla quale deve pertanto applicarsi, in quanto compatibile, la generale

¹⁰ Cass., 24 settembre 2004, n. 19250, in *Famiglia*, 2005, 586, con nota di ANGELOZZI, *Acquisti personali: necessità della partecipazione del coniuge acquirente*; Id., 29 novembre 1986, n. 7060, in *Foro It.*, 1987, 810.

¹¹ BOLONDI, *Ancora sull'acquisto personale di bene immobile da parte del coniuge in comunione legale*, in *Fam. e Dir.*, 2005, 13; ROCCHETTI MARCH, *L'intervento dell'altro coniuge negli acquisti di beni personali immobili e mobili registrati*, in *Comunione legale* a cura di Bianca, Milano, 1989, 582; e in giurisprudenza, Cass., 8 febbraio 1993, n. 1556, in *Giur. It.*, 1994, 270.

¹² BULDINI, *L'acquisto dei beni personali immobili e mobili registrati tra autonomia privata e certezza del diritto*, in *Giur. It.*, 2006, 496; AULETTA, *op. cit.*, 228; GABRIELLI, *Acquisto in proprietà esclusiva di beni immobili o mobili registrati da parte di persona coniugata*, in *Vita Notar.*, 1984, 656.

¹³ Si legge infatti nella sentenza che l'intervento adesivo del coniuge non acquirente deve ritenersi condizione necessaria dell'estromissione del bene dal patrimonio comune e tuttavia «solo in funzione di necessaria documentazione della natura personale del bene, unico presupposto sostanziale della sua esclusione dalla comunione».

¹⁴ Le esigenze di certezza nella circolazione di tali beni, come richieste dal legislatore del 1942, sono infatti confermate dal regime di pubblicità cui sono assoggettate.

¹⁵ Sarebbe infatti un grave *vulnus* all'autonomia privata del coniuge acquirente, come affermato da BULDINI, *op. cit.*, ritenere che egli debba rimanere vincolato qualora l'altro coniuge rifiutasse di partecipare all'atto di acquisto. Né, d'altra parte,

appare convincente la tesi minoritaria secondo cui il coniuge acquirente potrebbe rivolgersi al giudice *ex art.* 181 c.c. per ottenere l'autorizzazione al compimento di un atto per il quale è richiesto il consenso dell'altro, atteso che in questo caso si tratterebbe di un bene personale, di esclusiva proprietà del coniuge acquirente, certamente non necessario all'interesse della famiglia come richiesto dalla norma menzionata.

¹⁶ Si evidenzia come coloro i quali sostenevano la natura negoziale della dichiarazione del coniuge, esclusa dalla sentenza in commento, ritenevano conseguentemente che essa potesse essere impugnata solo per errore o violenza, giacché in caso di volontaria dichiarazione del falso la volontà negoziale non avrebbe presentato alcun vizio. Ciò posto, dunque, i creditori avrebbero potuto surrogarsi al proprio debitore inerte nel primo caso o agire in revocatoria qualora la dichiarazione fosse stata consapevolmente falsata.

¹⁷ L'art. 2732 c.c. recita: «La confessione non può essere revocata se non si prova che è stata determinata da errore di fatto o da violenza».

¹⁸ Il principio è stato affermato da Cass., Sez. un., 24 agosto 2007, n. 17972, e Corte cost., 17 marzo 1988, n. 311, in *Giust. Civ.*, 1988, 2482, con nota di NATUCCI, le quali affermano che il consenso del coniuge non acquirente non è un negozio unilaterale autorizzativo bensì un atto volto a rimuovere un limite all'esercizio di un potere dispositivo che secondo quanto disposto dall'art. 180 c.c. spetta ad entrambi i coniugi e pertanto l'acquisto proviene dal legittimo proprietario ma in base ad un titolo viziato.

disciplina di annullamento dei contratti di cui all'art. 1445 c.c.¹⁹

SEPARAZIONE DEI CONIUGI

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 16 ottobre 2009, n. 22081 — LUCCIOLI *Presidente* — DOGLIOTTI *Relatore* — CENICCOLA P.M. (diff.) — C.B. (avv. Sindico) - M.I.B.M. ed altro (avv. Conti) ed altro.

Separazione dei coniugi — Procedimento — Legittimazione ad agire — Coniugi — Intervento del terzo o *ad adiuvandum* — Esclusione (C.c. artt. 105, 150).

*Nel giudizio di separazione personale la legittimazione ad agire spetta unicamente ai coniugi, non potendosi ravvisare la sussistenza di diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel processo che possano legittimare un intervento di terzi ovvero un interesse di terzi a sostenere le ragioni di una delle parti sul quale fondare un intervento *ad adiuvandum* (1).*



V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2009, 11, 2356.



(1) La suprema Corte conferma l'orientamento prevalente da lungo tempo in giurisprudenza e in dottrina ed esclude la possibilità di intervento del terzo, nella specie dei nonni, nel giudizio di separazione dei coniugi.

La questione venne risolta in senso negativo dal Tribunale di Forlì già nel 1941, il quale ritenne che l'intervento non fosse ammissibile in quanto la natura personalissima dell'azione di separazione esclude l'ammissibilità della partecipazione del terzo al giudizio ed inoltre per la considerazione che il rapporto processuale in materia di separazione non può essere, nemmeno parzialmente, comune all'intervenuto¹.

Nel caso in esame, la Corte cassa senza rinvio la sentenza di appello che, pur negando l'esistenza del diritto dei nonni tale da legittimare un intervento autonomo o litisconsortile nel procedimento di separazione, affermava, tuttavia, la sussistenza di un interesse giuridicamente protetto dei medesimi che consentiva loro un ruolo attivo nel giudizio suddetto, nelle forme dell'intervento *ad adiuvandum* ai sensi dell'art. 105, comma 2, c.p.c.

Il percorso argomentativo della Corte, al riguardo, risulta lineare: i giudici evidenziano l'ambito limitato dell'oggetto del giudizio di separazione e la regola della legittimazione esclusiva dei coniugi.

In particolare, i giudici di legittimità negano la possibilità di tale intervento sul rilievo che, dalla individuazione dell'oggetto del giudizio e dalla regola della legittimazione esclusiva ad agire dei coniugi nel procedimento di separazione personale, deriva l'inesistenza

tanto di diritti di soggetti terzi relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo della causa idonei a legittimare un loro intervento nel giudizio, quanto un interesse a sostenere le ragioni delle parti nella forma dell'intervento *ad adiuvandum*.

Come noto, la legge n. 54/2006 ha espressamente riconosciuto il diritto dei minori a mantenere sani ed equilibrati rapporti con gli ascendenti. Sulla base di una tale modifica, rispetto al previgente art. 155 c.c., ci si è chiesti se la *regula juris* di nuovo conio non avesse introdotto un vero e proprio diritto dei nonni ad intervenire nel giudizio di separazione giudiziale dei coniugi, onde vedere salvaguardate le disposizioni concernenti, per l'appunto, i rapporti tra ascendenti e nipoti. Una simile facoltà era stata esclusa, in passato, dalla suprema Corte.

Con la decisione del 16 ottobre 2009, la Corte di cassazione conferma l'indirizzo.

Secondo il supremo Collegio, i nonni non sono legittimati a intervenire nel giudizio di separazione tra i coniugi anche quando il loro interesse sia attuale e concreto perché uno dei coniugi impedisce il rapporto affettivo tra ascendenti e nipoti. L'aver il legislatore del 2006 sancito la titolarità da parte del minore del diritto alla conservazione delle relazioni affettive con i nuclei di provenienza genitoriale non è sufficiente, in mancanza di una previsione normativa, a ritenere che altri soggetti diversi dai coniugi siano legittimati ad essere parti. È, dunque, inammissibile l'eventuale intervento in giudizio dei nonni.

In linea con diverse precedenti pronunce, viene evidenziato come, per la sua stessa struttura, le condizioni legittimanti l'intervento del terzo non siano prospettabili nemmeno in linea generale. In particolare la Corte si conforma, richiamandola espressamente, alla sentenza della Cassazione n. 364/1996 secondo cui, «nel giudizio di separazione, che ha ad oggetto l'accertamento della sussistenza dei presupposti dell'autorizzazione a cessare la convivenza coniugale e la determinazione degli effetti che da tale cessazione derivano nei rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi e con i figli, la qualità di parte spetta esclusivamente ai coniugi e non può essere riconosciuta ai parenti di questi, neppure al limitato fine di meglio tutelare gli interessi dei figli minori; ai parenti, infatti, la legge espressamente riconosce soltanto la legittimazione a sollecitare, in diversa sede, il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà dei genitori (art. 336 c.c.) al fine di conseguire la tutela degli oggettivi interessi dei minori»².

Numerose anche le pronunce di merito in linea con tale orientamento: «è inammissibile l'intervento adesivo degli avi nel procedimento di separazione personale tra i coniugi in quanto, dall'individuazione dell'oggetto del giudizio e dalla regola della legittimazione esclusiva ad agire dei coniugi, deriva che non esistono diritti relativi all'oggetto o dipendenti dal titolo dedotto nel processo di separazione né interesse a sostenere le ra-

¹⁹ Il quale afferma, appunto, che l'annullamento non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi di buona fede, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di annullamento.

¹ Trib. Forlì, 9 aprile 1941, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1941, II, 109, annotata da CARNELUTTI, *Intervento in causa di*

separazione personale, il quale sottolinea la natura personalissima dell'azione e rileva come, essendo essa diretta alla modificazione dello stato coniugale, involga l'interesse della famiglia, in cui nessun estraneo può far pesare il proprio interesse.

² Cass., 17 gennaio 1996, n. 364, in *Fam. e Dir.*, 1996, 3, 227, con nota di VENCHIARUTTI.

gioni di una delle parti che possano legittimare l'intervento dei terzi. L'aspirazione dei nonni ad avere rapporti con i nipoti riceve una tutela indiretta, mediante il riconoscimento della legittimazione *ex art. 336 c.c.* a sollecitare il controllo giudiziario sull'esercizio della potestà dei genitori da parte del Tribunale per i minorenni»³.

In dottrina SCALISI⁴, secondo il quale gli ascendenti e i parenti avrebbero solo la legittimazione a sollecitare un controllo *ex art. 336 c.c.* sul corretto esercizio della potestà da parte del genitore che impedisce loro di frequentare il figlio.

Da parte di alcuni Autori è stato rilevato come un tale pronunciamento metta in rilievo la lacuna dell'attuale normativa: viene riconosciuto un diritto dei minori ad un sano rapporto con i nonni, ma non viene individuato un soggetto *ad hoc* che tale diritto, in caso di compromissione, possa fare valere⁵.

Di opinione contraria alcuni autori e alcune pronunce di merito, che ammettono da parte degli ascendenti un intervento adesivo a sostegno delle ragioni del genitore che intenda far valere il diritto del figlio alla conservazione dei rapporti significativi con i parenti⁶.

Ancora, Trib. Foggia, 26 novembre 2002⁷, ammette l'intervento del terzo che abbia concesso in comodato un immobile ad uno dei coniugi: «in materia di procedimento per separazione personale dei coniugi, è da ritenersi ammissibile l'intervento del terzo comodante dell'immobile concesso in comodato ad uno dei coniugi che intenda far valere un proprio diritto patrimoniale che abbia attinenza con l'oggetto della lite. Invero, oggetto del giudizio di separazione coniugale non è solo l'accertamento della rottura del coniugio, ma anche la determinazione degli effetti personali e patrimoniali che da tale crisi discendono, sia nei rapporti tra i coniugi che tra i coniugi e i figli. Anche se il terzo non ha legittimazione ad agire in relazione ai rapporti personali fra i coniugi e fra i coniugi e i figli, potrebbe avere interesse ad intervenire nei rapporti patrimoniali, quando ad esempio voglia rivendicare un bene proprio erroneamente attribuito ad uno dei coniugi»⁸.

SIMULAZIONE TRA CONIUGI

CASSAZIONE CIVILE, II SEZIONE, 12 ottobre 2009, n. 21637 — ELEFANTE *Presidente* — GIUSTI *Relatore* — MARINELLI *P.M.* (conf.) — Maria Gabriella Ripa di Meana (avv.ti Trudda, Bellucci) - Gunther Georg Walter Kluge (avv. Moneta Mantuano).

Simulazione nei contratti — Prova della simulazione tra le parti — Convenzione matrimoniale — Di-

chiarazione unilaterale — Ammissibilità (C.c. artt. 164, 1414, 1415, 1417).

La dichiarazione proveniente da uno dei due coniugi non è sufficiente a provare, tra le parti, la simulazione della convenzione matrimoniale (1).

 *Omissis.* — Con esso si censura che la Corte d'appello abbia ritenuto che l'attrice avrebbe dovuto dimostrare, con una convenzione scritta, la simulazione o interposizione fittizia di persona all'atto di acquisto del terreno su cui poi è stata realizzata la casa.

La ricorrente osserva che, se è vero che la costruzione realizzata da entrambi i coniugi sul suolo di proprietà esclusiva di uno di essi non rientra nella comunione dei beni di cui all'art. 159 cod. civ., tuttavia il coniuge formalmente titolare esclusivo del manufatto così realizzato ben può attribuire all'altro coniuge, con atto unilaterale risultante da scrittura privata, il diritto di proprietà sul 50% della casa, sulla base del contestuale riconoscimento dell'averlo costruito insieme.

Orbene, nel caso in esame, la dichiarazione resa in forma scritta in sede di ricorso per separazione (in cui il marito attestava e riconosceva il diritto di proprietà della moglie nella misura del 50%) ed il contegno processuale (mancata risposta all'interrogatorio formale) consentirebbero di affermare che vi è stato un riconoscimento costitutivo del diritto di proprietà dell'immobile in questione in ragione della metà.

2. — Il motivo — da esaminare nei limiti in cui è proposto nel ricorso, senza che possano avere rilievo censure ulteriori (attinenti alla dedotta instaurazione di un regime di comunione convenzionale in virtù di una intesa tacita tra i coniugi) avanzate con la memoria illustrativa — è infondato, per la parte in cui non è inammissibile.

Nel negare l'idoneità, ai fini della dimostrazione della dissimulata cointestazione ad entrambi i coniugi del terreno su cui è avvenuta la costruzione, della mancata risposta del convenuto all'interrogatorio formale deferitogli, la Corte territoriale si è attenuta al principio — costante nella giurisprudenza di questa Corte (da ultimo, Sez. 2^a, 19 febbraio 2008, n. 4071) — secondo cui, nel caso di allegazione della simulazione relativa per interposizione fittizia di persona di un contratto necessitante la forma scritta *ad substantiam*, la dimostrazione della volontà delle parti di concludere un contratto diverso da quello apparente incontra non solo le normali limitazioni legali all'ammissibilità della prova testimoniale e per presunzioni, ma anche quella, più rigorosa, derivante dal disposto dell'art. 1414 c.c., comma 2 e art. 2725 cod. civ., di provare la sussistenza dei requisiti di sostanza e di forma del contratto diverso da quello apparentemente voluto e l'esistenza, quindi, di una contro-dichiarazione, dalla quale risulti l'intento comune dei contraenti di dare vita ad un contratto soggettivamente diverso da quello apparente: di conseguenza, e con riferimento alla compravendita immobiliare, la controversia tra il preteso acquirente effettivo e l'apparente compratore non può essere risolta, fatta salva l'ipotesi di smarrimento incolpevole del relativo documento (art. 2724 c.c., n. 3), con l'interrogatorio formale, non potendo la mancata comparizione della parte all'interrogatorio deferitole supplire alla mancanza dell'atto scritto. — *Omissis.*

³ Cfr., *ex multis*, Trib. Bari, 27 gennaio 2009. in *Fam. e Dir.*, 2009, 5, 497, con nota di BUGETTI.

⁴ In *Fam. e Dir.*, 2007, 528.

⁵ Cfr. BUFFONE, in *Altalex*, 26 ottobre 2009.

⁶ MANTOVANI, sub art. 155, in *Leggi civ. comm.*, 2008; Trib. Firenze, 22 aprile 2006, in *Fam. e Dir.*, 2006, 29, con nota di TOMMASEO.

⁷ In *Giur. di Merito*, 2003, 1138.

⁸ In generale sull'argomento v. SCARDULLA, *La separazione*

personale dei coniugi e il divorzio, Milano, 2008, 743 e segg.; TOMMASEO, *La disciplina processuale della separazione e del divorzio dopo le riforme del 2005 (e del 2006)*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2006; CENDON (a cura di), *Il diritto delle relazioni affettive*, II, Padova, 2005, 1455 e segg.; DI BENEDETTO, *I procedimenti di separazione e divorzio*, Milano, 2000; BARCHI, *Separazione personale dei coniugi. Disciplina processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992.

 (1) La vicenda giunta al vaglio della suprema Corte affronta le problematiche inerenti le modalità attraverso le quali è possibile provare la simulazione tra le parti e se, e come, sia possibile fornire la prova della simulazione delle convenzioni matrimoniali.

Nello specifico, la ricorrente asseriva che quantunque ella avesse, unitamente al coniuge, scelto, al momento del matrimonio, il regime coniugale di separazione dei beni, lo stesso doveva essere inteso quale atto simulato avendo i coniugi instaurato, nella realtà, un regime di “comunione di fatto”; da ciò la stessa rivendicava di ottenere, dall’ autorità giurisdizionale, il riconoscimento del diritto di proprietà pari ad un mezzo sopra l’ immobile costruito su di un terreno acquistato, in costanza di matrimonio, apparentemente solo dal marito.

La ricorrente, a prova della simulazione della scelta del regime coniugale di separazione dei beni e dell’ acquisto del terreno fittiziamente intestato solo al coniuge, forniva una dichiarazione unilaterale, in forma scritta, resa dal marito, in sede di ricorso per separazione, mediante la quale lo stesso dichiarava che l’ immobile era stato costruito congiuntamente da entrambi i coniugi e riconosceva, quindi, alla moglie il diritto di proprietà pari ad un mezzo sullo stesso.

Preliminarmente è bene individuare, in generale, il regime di prova della simulazione con riferimento alla natura e alle caratteristiche che il cosiddetto accordo simulatorio deve avere e, nello specifico, il regime probatorio inerente la simulazione delle convenzioni matrimoniali, alla luce dell’ articolo 164 c.c.

Posto che la simulazione¹ ricorre quando due parti concludono un contratto² e, con un accordo separato e segreto — detto accordo simulato o controdi chiarazione³ —, dichiarano di non volere affatto gli effetti di quell’atto o di volerne di diversi, quanto alla prima problematica, di cui sopra, bisogna distinguere tra una domanda di simulazione proposta da un terzo ed una domanda proposta da una parte; infatti, con riferimento ai terzi, si ritiene ammissibile qualsiasi mezzo per provare l’ apparenza del negozio dal quale gli stessi ricevono un danno o la minaccia di un danno futu-

ro⁴. Ne consegue, dunque, che sarà ammessa non solo la prova per testimoni, ma anche quella per presunzioni⁵.

Con riferimento, invece, al regime probatorio predisposto per quel che concerne le parti, queste dovrebbero provare la simulazione producendo l’ accordo simulatorio, che può essere sostituito dal giuramento o dalla confessione solo ove l’ atto simulato non abbia assunto forma scritta.

L’ accordo simulato è il mezzo indispensabile per determinare il significato sottostante l’ atto simulato e, in quanto tale, da esso deve risultare l’ intento comune dei contraenti di dar vita ad un contratto totalmente o parzialmente diverso da quello apparente. La natura giuridica dell’ accordo medesimo è discussa. Difatti, secondo una parte della dottrina⁶ si tratterebbe di una dichiarazione di scienza, limitandosi questo ad esprimere la consapevolezza del carattere simulato della dichiarazioni e non essendo di per sé idonea a creare, modificare, estinguere rapporti giuridici. Secondo altra parte — prevalente — della dottrina⁷, invece, se l’ operazione simulatoria determina la creazione di uno strumento negoziale idoneo a produrre effetti giuridici, l’ accordo simulatorio ha carattere negoziale in quanto stabilisce il contenuto che il contratto deve avere tra le parti; per la giurisprudenza⁸, infine, non si tratterebbe di un atto di volontà, bensì di un atto di riconoscimento dell’ inesistenza di un contratto apparentemente o diversamente stipulato.

La controdi chiarazione può essere contemporanea o successiva all’ atto simulato e deve provenire da entrambe le parti; si ritiene tuttavia che possa provenire anche da una sola parte, solo qualora la stessa sia quella contro il cui interesse è redatta, ovvero sia provenga dalla parte che trae vantaggio dall’ atto simulato e che, con tale dichiarazione, assume obblighi diversi e maggiori di quelli che le derivano dall’ atto simulato. In tale ultima ipotesi, parte della giurisprudenza⁹ ritiene, però, necessaria anche la consegna della scrittura all’ altra parte che ha concorso alla redazione dell’ atto simulato.

¹ In tema di simulazione cfr. GALGANO, *Diritto Civile e Commerciale*, 4^a ed., Padova, 2004, I, 427; BIANCA, *Diritto Civile*, 3, *Il Contratto*, Milano, 2000, 699; MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. Utet*, IV, 2, Torino, 1980, 470; C. GRASSI, *La simulazione*, in *Studium Iuris*, 2003, VII-VIII, 961 e segg.; Cass., Sez. III, 13 aprile 2007, n. 8843, in *Contratti*, 2008, IV, 362 e segg.; Trib. Cagliari, 10 giugno 2003, n. 1817, in *Riv. Giur. Sarda*, 2004, IV, 1, 457.

² La disciplina della simulazione si può applicare anche agli atti unilaterali, purché questi siano destinati ad una persona in particolare (quindi recettizi, come ad esempio una promessa di pagamento) e esista tra il dichiarante ed il destinatario della dichiarazione un accordo simulatorio; a tal riguardo cfr. anche MARANI, *La simulazione negli atti unilaterali*, Padova, 1971, 70.

³ È opportuno precisare che, sebbene l’ accordo simulatorio venga generalmente definito anche “controdi chiarazione”, quest’ ultima si limita a costituire il documento scritto, nel quale è consacrato l’ accordo simulatorio, utilizzato dalle parti quale mezzo per provare la simulazione. Difatti, secondo la giurisprudenza consolidata, la natura giuridica della controdi chiarazione dovrebbe essere quella di una dichiarazione di scienza priva di contenuto negoziale; cfr. in tal senso Cass., 9 giugno 1992, n. 7084, in *Nuova Giur. Comm.*, 1993, I, 358, con nota di M. DOGLIOTTI.

⁴ Questa totale apertura del regime probatorio attribuito ai terzi da parte dell’ ordinamento deve trovare la sua giustificazione

essenzialmente in due circostanze: la prima attiene all’ impossibilità materiale da parte dei terzi di procurarsi la prova scritta della simulazione, la seconda invece riguarda la sostanziale diversità dell’ oggetto della domanda di simulazione rispetto alle parti; i terzi infatti non richiedono l’ invalidazione di un atto, bensì l’ accertamento di una situazione di fatto dalla quale debba concludersi che l’ atto simulato è privo di contenuto. Cfr. in tal senso L. BELLONI PERESSUTTI, *Limiti di ammissibilità inter partes della prova testimoniale della simulazione*, in *Studium Iuris*, 2000, II, 1389, e DISTASIO, *Simulazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 801.

⁵ Cfr. in tal senso Cass., 19 novembre 1994, n. 9835, in *Fallimento*, 1995, 28; Id., 8 ottobre 1993, n. 9979, in *Foro It.*, 1995, I, 397.

⁶ Cfr. in tal senso FURGIUELE, *Della simulazione degli effetti negoziali*, Padova, 1992, 72; S. ROMANO, *Contributo esegetico allo studio della simulazione*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1954, 34.

⁷ BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 4^a ed., 2005, 700 e segg.; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 8^a ed., 2000, 948.

⁸ Cass., 9 giugno 1992, n. 7084, cit.; Id., Sez. II, 4 novembre 2004, n. 21111, in *Contratti*, 2005, 660, con nota di V. ARDITO.

⁹ Cfr. in tal senso Cass., 9 giugno 1992, n. 7084, cit.; Id., 10 aprile 1986, n. 2502, in *Rep. Giur. It.*, 1986, voce “Simulazione nei Contratti”, 17.

Discorso diverso va fatto nell'ipotesi di simulazione per interposizione fittizia di persona dove all'accordo simulatorio devono partecipare l'interposto, l'interponente ed anche il terzo, anche solo tramite successiva adesione all'accordo, onde evitare che il terzo possa esigere dall'interposto anziché dall'interponente l'esecuzione del contratto¹⁰.

Quanto, invece, ai requisiti di sostanza e di forma, la formula legislativa prevista all'art. 1414, comma 2, c.c. è piuttosto ambigua, dato che non precisa se i requisiti di forma e di sostanza debbano esistere in relazione al contratto simulato o anche all'accordo di simulazione; prevalendo l'ultima di queste tesi diverrebbe, però, impossibile ritenere attuabile la simulazione di un atto per il quale è richiesta la forma solenne (ad esempio una donazione)¹¹. La dottrina¹² meno rigorosa ritiene che, in ipotesi di contratti che richiedono la forma solenne, questa debba sicuramente esistere in relazione al contratto simulato, mentre è sufficiente la forma scritta per l'accordo simulato dato che esigere, ad esempio, la redazione per atto pubblico di contro-dichiarazioni renderebbe queste non più occulte vanificando il meccanismo simulatorio.

La simulazione della convenzione matrimoniale¹³, invece, trova apposita regolamentazione legislativa all'art. 164 c.c.; nello specifico il legislatore, al comma 1 di detto articolo, ha previsto che i terzi, che vi abbiano interesse, possano provare la simulazione con qualsiasi mezzo, rimandando così la regolamentazione alla disciplina generale ex art. 1417 c.c.; al comma 2, invece, ha previsto che, per far valere tra le parti la simulazione di una convenzione matrimoniale¹⁴ sia necessario un accordo simulatorio, in forma scritta, reso con la simultanea presenza ed il simultaneo consenso di tutti coloro che hanno preso parte alla stipulazione della convenzione simulata.

Da ciò si delinea come, in tale ultima ipotesi, *tre* siano gli elementi necessari ai fini dell'accordo simulato: in primo luogo detto accordo deve risultare da atto scritto, seppur non da atto pubblico — malgrado le convenzioni matrimoniali richiedano la forma solenne; in secondo luogo è necessaria la presenza di tutti i soggetti partecipanti alla stipulazione della convenzione (il riferimento a «tutti» e non solo ai coniugi è dovuto alla possibilità, in ipotesi di costituzione di un fondo patrimoniale, di convenzioni matrimoniali plurilaterali); in terzo luogo abbisogna la manifestazione, in un unico contesto, della volontà di dissimulare.

In considerazione del fatto che l'unica prova dell'asserita simulazione della convenzione matrimoniale portata dalla ricorrente era una dichiarazione unilaterale del marito, nella quale non veniva svelata la simulazione né, tantomeno, dalla quale si poteva evincere un contenuto uguale e contrario a quello della convenzione matrimoniale, la Corte non ha ritenuto provata la simulazione della convenzione matrimoniale. Inoltre,

la Cassazione non ha ritenuto raggiunta la prova della simulazione, nemmeno con riguardo all'ipotesi di simulazione, per interposizione fittizia di persona, dell'atto di acquisto del terreno sul quale sorgeva l'immobile; a tale conclusione la suprema Corte è pervenuta per la totale mancanza, anche in tal caso, di un accordo simulato atto a dimostrare la volontà di tutte le parti, compresa la parte venditrice, di concludere un contratto soggettivamente diverso da quello stipulato.

IPOTECA

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 1° ottobre 2009, n. 21045 — CARBONE *Presidente* — SPIRITO *Relatore* — IANNELLI P.M. (conf.) — B.L. (avv. Raffi) - Cassa di Risparmio di Forlì (avv.ti Volpi, Stella Richter) ed altro.

Ipoteca — Privilegio speciale ex art. 2775 bis c.c. sorto successivamente all'iscrizione ipotecaria — Prevalenza — Insussistenza (C.c. artt. 2748, 2775 bis).

L'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario acceso dal costruttore prevale sulla trascrizione successiva del contratto preliminare in favore del promissario acquirente e del relativo privilegio speciale accordato dall'art. 2775 bis c.c. (1).

 *Omissis. — Motivi: 1. Premessa — Il ricorso e la questione sottoposta all'esame delle sezioni unite.*

Il ricorrente, nel dedurre la violazione dell'art. 2645 bis c.c., art. 2775 bis c.c., art. 2748 c.c., comma 2, e art. 2825 bis c.c., sostiene che dell'art. 2775 bis c.c., comma 2, individua due soli casi di ipoteche che non soccombono al privilegio di cui al comma 1, e precisamente quelle iscritte a garanzia del mutuo erogato al promissario acquirente per l'acquisto dell'immobile e quelle iscritte a garanzia del credito edilizio nei limiti della quota che il promissario stesso si sia accollato; benché l'art. 2825 bis c.c., faccia riferimento esclusivamente alle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, è ovvia la prevalenza anche di quelle iscritte in epoca anteriore, ma sempre nei limiti della quota di debito che il promissario si sia accollato, non avendo egli altrimenti alcun ruolo nel rapporto tra il finanziatore ed il costruttore. Secondo il ricorrente, il decreto impugnato contrasta, oltre che con l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, che subordina la prevalenza dell'ipoteca all'accollo da parte del promissario del debito contratto dal costruttore, anche con lo spirito della legge, che mira a tutelare i promissari acquirenti di fabbricati in corso di costruzione in caso di mancata esecuzione del preliminare o fallimento del promittente venditore.

Nella specie, pertanto, non essendo intervenuto l'accollo della quota di mutuo gravante sull'immobile promesso in vendita, troverebbe applicazione il principio generale di cui all'art. 2748 c.c., comma 2, secondo cui il privilegio immobiliare prevale sulle ipoteche iscritte anche anteriormente, non potendo individuarsi nell'art. 2825 bis c.c., la diversa disposizione di legge che, ai sensi dell'ultimo inciso dell'art. 2748 c.p.c., comma 2, consente di derogare a tale principio.

¹⁰ Cfr. in tal senso GALGANO, *op. cit.*, 430.

¹¹ Cfr. in tal senso GALGANO, in *Comm. C.C. artt. 1414-1446*, Bologna, 1998, 14.

¹² Cfr. tra gli altri in tal senso ROPPO, *La Simulazione*, in *Il Contratto*, Milano, 2001, 702.

¹³ In tema di convenzioni matrimoniali cfr. BIANCA, *Diritto Civile*, 2, *La famiglia. Le successioni*, 4^a ed., Milano, 2005, 81.

¹⁴ In tema di simulazione di convenzioni matrimoniali cfr. RAZZA, *Considerazioni in tema di simulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Giur. di Merito*, 1987, III, 4, 814; PEREGO, *I terzi e la simulazione delle convenzioni matrimoniali*, in *Giur. It.*, 1981, 4, 11.

Preliminare rispetto al vaglio delle doglianze prospettate nel ricorso è l'esame della premessa giuridica dalla quale muove l'impugnato provvedimento, secondo cui il privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare prevale, ai sensi dell'art. 2748 c.c., comma 2, sui crediti ipotecari, anche se l'ipoteca è stata iscritta prima della trascrizione del preliminare, salvo soltanto che si tratti di ipoteche relative a mutui erogati per l'acquisto del medesimo immobile promesso in vendita o iscritte a favore dei creditori garantiti ai sensi dell'art. 2825 bis c.c.

Solo ove, infatti, tale premessa fosse da condividere, occorrerebbe valutare se reggono o meno alla critica le conseguenti considerazioni in base alle quali il tribunale ha ravvisato la prevalenza sul privilegio speciale spettante al promissario acquirente dell'ipoteca iscritta a garanzia del mutuo fondiario erogato dalla cassa di risparmio; qualora, viceversa, quella premessa fosse da disattendere, s'imporrebbe la correzione della motivazione del provvedimento impugnato, ma il ricorso dovrebbe essere rigettato. La suaccennata premessa, dalla quale il tribunale prende le mosse (e la cui fondatezza è contestata dalla controricorrente), è in effetti conforme a quanto affermato nel già menzionato precedente di questa Corte (Cass. n. 17197 del 2003), secondo cui, appunto, in forza del disposto dell'art. 2748 c.c., comma 2 (per il quale i creditori che hanno privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari, se la legge non dispone diversamente), anche il privilegio speciale immobiliare, previsto dal citato art. 2775 bis c.c., prevale rispetto alle ipoteche gravanti sullo stesso immobile, pur se trascritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare da cui il privilegio scaturisce, non rilevando in contrario la natura "iscrizionale" (o "trascrizionale") di siffatto privilegio, giacché questa non basta a rendere applicabile, in simili casi, il principio della prevalenza dei diritti secondo l'ordine delle trascrizioni e delle iscrizioni dal quale è regolata la pubblicità immobiliare. — *Omissis*.

Viene, allora, chiesto l'approfondimento dei seguenti punti:

a) il privilegio accordato al promissario acquirente non si ricollega esclusivamente alla causa del credito, ma presuppone necessariamente la trascrizione del contratto preliminare, alla quale pare pertanto ragionevole assegnare, in ragione della sua efficacia costitutiva, anche la funzione, ad essa connaturata, di risolvere i possibili conflitti tra titolari di diritti assoggettati al medesimo regime di pubblicità;

b) poiché nella graduazione prevista dall'art. 2780 c.c., il privilegio in questione è collocato dopo quelli che assistono i crediti per concessione di acque e per tributi indiretti, i quali non possono essere esercitati in pregiudizio dei diritti anteriormente acquisiti dai terzi sui medesimi immobili, la prevalenza di tale privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente renderebbe impossibile stabilire l'ordine di collocazione dei crediti;

c) detta prevalenza risulterebbe inoltre scarsamente razionale, dal momento che le ipoteche iscritte anteriormente sono certamente opponibili all'acquirente, in caso di perfezionamento del contratto definitivo di acquisto dell'immobile;

d) l'art. 2825 bis c.c., prevedendo eccezionalmente che, in caso di accollo del mutuo fondiario da parte del promissario acquirente, l'ipoteca iscritta a garanzia dello stesso prevalga sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, fa supporre, a maggior ragione, l'operatività del medesimo criterio in presenza di una trascrizione posteriore di tale contratto, trovando applicazione, in tal caso, i principi generali in materia di pubblicità immobiliare.

In conclusione, la questione sottoposta alle Sezioni Unite consiste nello stabilire se, ai fini della distribuzione del ricavato della vendita, disposta in sede fallimentare, di un immobile già promesso in vendita dal fallito con contratto preliminare trascritto, il privilegio che, a norma dell'art. 2775 bis c.c., assiste il credito del promissario acquirente per la mancata esecuzione del preliminare prevalga (o meno), ai sensi dell'art. 2748 c.c., comma 2, sulle ipoteche iscritte sul me-

desimo immobile in data anteriore alla trascrizione del contratto preliminare.

2. — *La trascrivibilità del contratto preliminare ed il privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente.*

La trascrivibilità del preliminare, non prevista dal testo originario del codice civile, in ragione della natura meramente obbligatoria di tale contratto, è stata introdotta dal D.L. 31 dicembre 1996, n. 669, art. 3 (convertito con modificazioni dalla L. 28 febbraio 1997, n. 30), che ha modificato il titolo 1^o del libro 6^o del codice, inserendo nel capo 1^o l'art. 2645 bis c.c. Questo ammette la possibilità di procedere alla trascrizione dei contratti preliminari, ancorché sottoposti a condizione o relativi ad edifici da costruire o in corso di costruzione, purché essi: a) abbiano ad oggetto la conclusione di taluno dei contratti di cui ai numeri 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 c.c.; b) risultino da atto pubblico o da scrittura privata con sottoscrizione autenticata o accertata giudizialmente. La ratio della disciplina consiste nel tutelare il promissario, che, all'atto della stipulazione del preliminare o comunque nelle more della stipulazione del contratto definitivo, abbia corrisposto in tutto o in parte il corrispettivo dovuto, contro l'eventualità che il promittente si sottragga all'adempimento dell'obbligazione assunta, ponendo in essere atti di disposizione del bene promesso, tali da rendere impossibile il successivo trasferimento dell'immobile.

Essa muove dalla presa d'atto che, nella pratica commerciale, la stipulazione di un contratto preliminare costituisce ormai una fase pressoché imprescindibile del procedimento negoziale che conduce al trasferimento dei diritti reali immobiliari, la quale trova per lo più giustificazione nell'esigenza delle parti di consacrare provvisoriamente l'accordo raggiunto, al fine di consentire, in vista della stipulazione del contratto definitivo, la verifica dell'esatta consistenza dell'immobile, della sua conformità alle norme urbanistiche e degli oneri tributari connessi al trasferimento. A questa prassi fa riscontro, talvolta, la consegna anticipata dell'immobile e, più spesso, il versamento di uno o più acconti sul prezzo pattuito, il quale trova giustificazione, nel caso di vendita di beni ancora da edificare o in corso di costruzione, nei convergenti interessi del venditore ad autofinanziarsi mediante l'anticipata riscossione del corrispettivo e dell'acquirente a spuntare un prezzo più vantaggioso attraverso l'acquisto su progetto. — *Omissis*.

In riferimento all'ipotesi di fallimento del promittente, la L. Fall., art. 72, comma 3, anch'esso introdotto dal D.L. n. 669 del 1996, art. 3, esclude infatti la prevalenza del preliminare, confermando la facoltà del curatore di sciogliersi dal contratto, ai sensi del comma 2 del medesimo articolo, e disponendo che in caso di esercizio di tale facoltà l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno, e gode del privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c., a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento. Approssimandoci alla questione in esame, occorre ricordare che, oltre all'efficacia prenotativa, il D.L. n. 669 del 1996, art. 3, ha attribuito alla trascrizione del contratto preliminare una peculiare efficacia costitutiva, introducendo nel titolo 3^o del libro 6^o del codice civile, alla sezione 3^o del capo 2^o, l'art. 2775 bis c.p.c., il quale, al fine di tutelare i crediti del promissario acquirente derivanti dalla mancata esecuzione del contratto preliminare, dispone al comma 1 che essi "hanno privilegio speciale sul bene immobile oggetto del contratto preliminare, sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati al momento della risoluzione del contratto risultante da atto avente data certa, ovvero al momento della domanda giudiziale di risoluzione del contratto o di condanna al pagamento, ovvero al momento della trascrizione del pignoramento o al momento dell'intervento nella esecuzione promossa da terzi".

La trascrizione del preliminare fa sorgere pertanto, a favore dei crediti del promissario, un privilegio speciale immobiliare, subordinato alla condizione che gli effetti della trascrizione siano ancora in atto al momento in cui si verifi-

cano gli eventi che costituiscono causa del credito. Tale privilegio è collocato al n. 5 dell'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c., in particolare dopo quelli che assistono i crediti dello Stato per concessioni di acque (art. 2774 c.c.) e per tributi indiretti (art. 2772). L'art. 2775 c.c., comma 2, prevede che esso "non è opponibile ai creditori garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile nonché ai creditori garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 bis c.c."; ossia, ai creditori che abbiano iscritto ipoteca su un edificio o complesso condominiale, anche da costruire o in corso di costruzione, a garanzia di finanziamento dell'intervento edilizio ai sensi del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, artt. 38 e segg.: tale ipoteca, peraltro, prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare "limitatamente alla quota di debito derivante dal suddetto finanziamento che il promissario acquirente si sia accollata con il contratto preliminare o con altro atto successivo eventualmente adeguata ai sensi dell'art. 39, comma. 3, del citato decreto legislativo n. 385 del 1993", con l'ulteriore precisazione che "se l'accollo risulta da atto successivo, questo è annotato in margine alla trascrizione del contratto preliminare".

Quest'ultima disposizione mira a contemperare la tutela del terzo acquirente con quella dei terzi che abbiano concesso finanziamenti per l'acquisto o la costruzione dell'immobile promesso in vendita, in conformità con le finalità perseguite dal D.L. n. 669 del 1996, art. 3, che consistono tra l'altro nel promuovere la realizzazione e l'acquisto della prima casa di abitazione. Nella prima parte, essa sembra fare riferimento all'ipotesi (piuttosto marginale) in cui il promittente venditore abbia prestato il proprio consenso, prima della stipulazione del contratto definitivo, all'iscrizione di ipoteca sull'immobile promesso in vendita, a garanzia del credito derivante da un mutuo concesso al promissario acquirente: diversamente, infatti, non si spiegherebbe come quest'ultimo possa concedere ipoteca su di un bene del quale non è ancora divenuto proprietario.

Nella seconda parte, invece, la norma si riferisce alle ipoteche concesse dal promittente venditore a garanzia di crediti derivanti dai mutui fondiari accordati da banche concedenti finanziamenti a medio e lungo termine, garantiti da ipoteca di primo grado su immobili, ovvero da ipoteche di grado ulteriore nei casi consentiti dalla Banca d'Italia; in tal caso, la prevalenza dell'ipoteca è subordinata alla condizione che il promissario acquirente si sia accollato il relativo debito, nello stesso preliminare o con atto successivo annotato a margine della trascrizione, ed opera limitatamente alla quota gravante sull'immobile promesso in vendita.

Tale condizione trova fondamento nella considerazione che l'opponibilità al promissario dell'ipoteca iscritta successivamente al preliminare è giustificata solo in caso di accollo del mutuo, in quanto egli diviene parte del rapporto derivante dal finanziamento, giovandosi della relativa rateazione ai fini del pagamento del prezzo; qualora invece acquisti senza accollo, pagando il prezzo direttamente al promittente, il promissario rimane estraneo al rapporto tra finanziatore e finanziato, con la conseguenza che l'ipoteca, iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, non gli è opponibile.

Il privilegio in esame prevale, pertanto, ai sensi dell'art. 2645 bis c.c., sulle ipoteche iscritte in data successiva alla trascrizione del preliminare, escluse quelle previste dall'art. 2825 bis c.c., in quanto tale disposizione stabilisce eccezionalmente la prevalenza delle ipoteche relative a mutui erogati al promissario acquirente, nonché di quelle relative a mutui fondiari erogati al promittente venditore, che il promissario acquirente si sia accollato.

3. — *Gli orientamenti della giurisprudenza di merito e della dottrina.*

L'orientamento quasi unanime affermatosi nella giurisprudenza di merito sostiene che le ipoteche delle quali s'è detto siano comunque destinate a cedere in caso di concorso con il privilegio spettante al promissario acquirente. Esso muove dal rilievo secondo cui il concorso tra privilegi ed ipoteche

sarebbe regolato esclusivamente dall'art. 2748 c.c., comma 2, non potendo trovare applicazione l'art. 2644 c.c., il quale disciplinerebbe, invece, il conflitto tra cause di prelazione e diritti reali di godimento; ciò posto, esso afferma che al principio della prevalenza dei privilegi, sancito dalla predetta disposizione, potrebbe derogarsi soltanto in presenza di un dato normativo chiaro ed inequivocabile, non ravvisabile né nell'art. 2775 bis c.c. (il quale, nella parte in cui subordina la nascita del privilegio del promissario acquirente alla trascrizione del preliminare, non introdurrebbe elementi di novità rispetto ad altre fattispecie previste dalla normativa vigente), né nell'art. 2825 bis c.c. (il quale, riferendosi alle sole ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare, non sarebbe applicabile a quelle iscritte in data anteriore). — *Omissis.*

All'obiezione secondo cui l'ipoteca prevale sui diritti dei terzi trascritti in epoca successiva all'iscrizione, essi replicano che ciò accade perché il rapporto tra le cause di prelazione e i diritti reali di godimento è regolato dal principio *prior in tempore, potior in jure*, esaltato, nel caso di immobili, dalla priorità della relativa pubblicità; nella fattispecie in esame, tuttavia, non vi è un conflitto tra il diritto del promissario di ottenere l'esecuzione specifica del contratto e l'ipoteca del terzo sullo stesso bene oggetto del preliminare, ma un conflitto tra il privilegio speciale del promissario (conseguente alla risoluzione o allo scioglimento del contratto preliminare) e l'ipoteca iscritta sullo stesso bene: si tratterebbe di un conflitto tra cause di prelazione, la cui prevalenza sarebbe disciplinata dalla legge in base ad un principio diverso da quello della priorità cronologica.

Ciò spiegherebbe, tra l'altro, perché le ipoteche iscritte in data anteriore alla trascrizione del preliminare siano opponibili all'acquirente in caso di stipulazione del contratto definitivo, mentre risultano inopponibili in caso di mancata esecuzione del preliminare. Secondo tale orientamento, la deroga al principio della prevalenza dei privilegi, richiesta dall'art. 2748 c.c., comma 2, ai fini dell'opponibilità dell'ipoteca al creditore privilegiato, non può essere desunta dall'art. 2825 bis c.c.: tale disposizione, infatti, non ha nulla a che fare con il privilegio di cui all'art. 2775 bis c.c., previsto per il caso di mancata esecuzione del preliminare, in quanto si limita a regolare gli effetti dell'ipoteca fondiaria edilizia sulla trascrizione del preliminare che venga regolarmente eseguito; l'art. 2775 bis c.c., comma 2, inoltre, limitando la prevalenza delle ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare a quelle concesse a garanzia di mutui contratti per la costruzione o per l'acquisto dell'immobile, presupporrebbe che, al di fuori di tali ipotesi, dette ipoteche siano destinate a cedere nel concorso con il privilegio, e sarebbe quindi applicabile, a maggior ragione, alle ipoteche iscritte in data anteriore.

All'obiezione secondo cui tale opinione, favorendo il promissario acquirente a scapito degli interessi dei creditori ipotecari, si sarebbe ripercossa negativamente sui rapporti tra le imprese costruttrici e le aziende di credito, scoraggiando queste ultime dal concedere finanziamenti per la costruzione di immobili, in contrasto con le finalità che in legge intendeva perseguire, si replica che il senso della nuova disciplina consisteva anche nel responsabilizzare il ceto bancario, dissuadendolo da un'eccessiva disinvoltura nell'erogazione del credito fondiario. Troppo spesso, infatti, le banche, nel concedere finanziamenti per la costruzione di immobili, fanno affidamento, ai fini della restituzione, più sul valore dei beni concessi in garanzia che sulla solidità complessiva dell'impresa mutuataria, confidando di poter agevolmente procedere al recupero del credito anche in caso di fallimento della stessa, con evidente pregiudizio per le ragioni degli altri creditori. — *Omissis.*

La dottrina più recente ritiene invece che la questione possa essere risolta anche in via interpretativa, avvalendosi dei principi sui cui si fonda la pubblicità immobiliare e di una pluralità di elementi emergenti dalla stessa disciplina in materia. Essa sottolinea la natura "iscrizionale" o "trascrizionale" del privilegio in questione, il cui concorso con le

ipoteche iscritte sull'immobile promesso in vendita deve considerarsi disciplinato dall'art. 2644 c.c., non essendo il privilegio accordato esclusivamente in ragione della causa del credito, ma essendo condizionato alla trascrizione del contratto preliminare ed alla sua perdurante efficacia. A sostegno di tale orientamento, sono state sottolineate anche le anomalie che l'opposta tesi introdurrebbe nel sistema delle cause di prelazione, osservandosi da un lato che in caso di stipulazione del contratto definitivo le ipoteche iscritte successivamente alla trascrizione del preliminare sono opponibili all'acquirente, dall'altro che nell'ordine dei privilegi quello previsto dell'art. 2775 bis c.c., è collocato successivamente a quelli di cui agli artt. 2772 e 2774 c.c., i quali non sono esercitabili in pregiudizio dei diritti precedentemente acquisiti dai terzi. Sono stati infine evidenziati i gravi abusi cui potrebbe condurre una rigida applicazione dell'art. 2748 cit., la quale consentirebbe al promittente venditore di sottrarre l'immobile alla garanzia dei propri creditori ipotecari, mediante la simulazione di un preliminare di compravendita con un promissario compiacente, cui potrebbe far seguito la risoluzione del contratto, con la conseguenza che, in sede di esecuzione forzata, i crediti restitutori e risarcitori del promissario dovrebbero essere soddisfatti con precedenza rispetto a quelli dei creditori ipotecari.

Alle medesime conclusioni un'autorevolissima dottrina è pervenuta sulla base di un diverso percorso argomentativo, che muove dalla qualificazione del preliminare di compravendita come vendita ad effetti obbligatori, dalla quale sorge a carico del promittente un'obbligazione di dare e dall'affermazione dell'autonomia di tale contratto rispetto al definitivo, ricollegando alla sua trascrizione l'efficacia tipica di cui all'art. 2644 c.c., per sostenere che tale efficacia si estende anche al privilegio che assiste i crediti del promissario acquirente, il cui concorso con le ipoteche iscritte in data anteriore deve pertanto ritenersi disciplinato dal principio della priorità cronologica. L'aspetto più suggestivo di questa dottrina è rinvenibile nell'attribuzione al promissario acquirente di un *jus ad rem* (non di un mero *jus in persona*) e nella riconduzione del rapporto tra preliminare e definitivo (non come rapporto tra due contratti distinti ed autonomi, ciascuno dotato di una propria causa) al modello tedesco della distinzione tra *titulus* e *modus acquirendi*, con la conseguenza che la stipulazione del definitivo non comporta l'assorbimento del preliminare né rende irrilevanti i vizi che lo inficiano, i quali risultano anzi idonei ad incidere, attraverso la caducazione del contratto cui afferiscono, sulla stessa trascrizione del contratto definitivo. La riprova sarebbe costituita proprio dalla trascrivibilità del preliminare, il cui effetto di opponibilità trova giustificazione nella natura del diritto che da esso scaturisce per il promissario acquirente, mentre la limitazione temporale di tale effetto si giustificerebbe con l'efficacia obbligatoria del contratto.

4. — *La soluzione della questione.*

Sulla scorta di tutto quanto premesso è ora possibile passare alla soluzione del quesito, subito anticipando che le sezioni unite intendono disattendere il precedente orientamento espresso dalla menzionata Cass. n. 17197 del 2003, attraverso una trattazione concernente il generale problema della regola di conflitto tra cause di prelazione, al di là della specifica ipotesi (della quale pure si dirà) del credito fondiario, disciplinata dagli artt. 2775 bis c.c., comma 2, e art. 2825 bis c.c.

Il ragionamento parte dalla premessa che l'art. 2748 c.c., allorché nel secondo comma stabilisce che i creditori muniti di privilegio sui beni immobili sono preferiti ai creditori ipotecari "se la legge non dispone diversamente", fa riferimento ad una deroga non necessariamente contenuta in un esplicito precetto, ma che può o deve essere individuata nell'ordinamento nel suo complesso, attraverso la lettura e l'interpretazione normativa che tenda all'armonioso coordinamento dello specifico istituto in trattazione con l'intero sistema; così da evitare applicazione ermeneutiche settoriali che, sebbene compatibili con il microsistema nel quale le disposizioni sono inserite, finiscano con lo stridere rispetto al

complesso della materia nelle quali le norme stesse esplicano il proprio effetto. Siffatto sforzo interpretativo si impone con ancora maggior impegno quando (come nel caso di specie) le norme esaminate non appartengono all'originaria impostazione codicistica, ma sono frutto di una successiva interpolazione legislativa, mossa da esigenze sociali ed economiche via via emerse nella realtà giuridica dei commerci. Espresse norme derogatrici alla regola dell'art. 2748 c.c., comma 2, sono rinvenibili dell'art. 2772 c.c., comma 4, e nell'art. 2774 c.c., comma 2: il privilegio che assiste i crediti dello Stato per tributi indiretti o per canoni di concessione di acque non si può esercitare in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili. Deroga ispirata, dunque, alla diversa regola della prevalenza in base alla data di trascrizione o di iscrizione.

Nel nostro caso una espressa norma derogatoria al precetto stabilito dalla prima parte dell'art. 2748 c.c., comma 2, non esiste, ma, come si vedrà, l'organica analisi dell'intero quadro normativo disciplinante la materia consente di affermare che i creditori muniti dello speciale privilegio del quale trattiamo non sono preferiti ai creditori muniti di ipoteca iscritta precedentemente al sorgere del privilegio stesso, secondo una ricostruzione che, come s'è detto, prescinde dalla specifica ipotesi (disciplinata dell'art. 2275 bis c.c., comma 2, in relazione all'art. 2825 bis c.c.) del privilegio che assiste il credito per il finanziamento dell'intervento edilizio.

Occorre innanzitutto porre nel giusto rilievo che il privilegio che assiste il credito del promissario acquirente, conseguente alla (eventuale) mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto, non si ricollega esclusivamente alla causa del credito (come prescrive la prima parte dell'art. 2745 c.c.) ma la sua costituzione necessariamente presuppone la trascrizione del contratto preliminare ai sensi dell'art. 2645 bis c.c.; rientrando, dunque, nella categoria dei privilegi la cui costituzione, come consentito dalla seconda parte dell'art. 2745 c.c., è subordinata ad una particolare forma di pubblicità. Peraltro, esso assiste il credito a condizione che gli effetti della menzionata trascrizione non siano cessati a determinati momenti (quello della risoluzione del contratto, oppure della domanda giudiziale della risoluzione, oppure della trascrizione del pignoramento, oppure ancora dell'intervento nell'esecuzione promossa da terzi).

Siffatto privilegio (come molti altri introdotti in tempo dal legislatore in specifici settori) si aggiunge ai privilegi speciali immobiliari previsti dal codice agli artt. da 2770 a 2775, ma se ne differenzia perché non è posto, come questi, a tutela di interessi pubblici, bensì a tutela dell'interesse meramente privato del promissario acquirente. — *Omissis.*

Le caratteristiche del privilegio in esame assumono un rilievo determinante, distinguendolo tanto dagli altri privilegi speciali immobiliari, la cui nascita non è condizionata ad un adempimento pubblicitario avente efficacia costitutiva, quanto dagli altri privilegi iscrizionali, che hanno ad oggetto beni mobili; rispetto a questi ultimi, ovviamente, il problema del concorso con altre cause di prelazione aventi natura trascrizionale non si pone, ma per il caso in cui concorrano più privilegi la legge prevede espressamente che il conflitto vada risolto in base alla regola della priorità della trascrizione (art. 2762 c.c., u.c.); per i primi, invece, pur valendo la regola secondo cui il privilegio prevale sulle ipoteche, la legge stabilisce, in riferimento a casi in cui la prelazione è accordata per un interesse non individuale, che essa non possa essere esercitata in pregiudizio dei diritti che i terzi hanno anteriormente acquistato sugli immobili (si tratta dei già menzionati artt. 2772 c.c., comma 4, e art. 2774 c.c., comma 2). A maggior ragione deve, quindi, affermarsi che un privilegio accordato in funzione di un interesse individuale, la cui nascita è subordinata all'adempimento di una formalità pubblicitaria, sia destinato a cedere, nel concorso con cause di prelazione precedentemente iscritte.

In quest'ordine di idee è riduttivo ed avulso dalla visione sistematica dell'istituto fare una formalistica applicazione della regola di conflitto dettata dall'art. 2748 c.c., comma 2, per ammettere categoricamente che qualunque genere di

privilegio speciale immobiliare (compreso quello previsto a favore del promissario acquirente) prevalga sull'ipoteca (qualunque ipoteca, non solo quella che assiste il credito del finanziatore), benché questa sia stata iscritta prima del nascere del privilegio. A questo punto occorre fare alcune precisazioni in ordine ad una serie di ricostruzioni che sono state operate per pervenire al medesimo risultato al quale qui si perviene.

In primo luogo occorre chiarire che la regola di conflitto tra privilegi o ed ipoteca precedentemente iscritta non può essere rinvenuta nell'art. 2645 bis c.p.c., comma 2, il quale stabilisce: la prevalenza del contratto definitivo sulle trascrizioni e le iscrizioni eseguite contro il promittente alienante dopo la trascrizione del contratto preliminare. Espressione, questa, del già menzionato effetto prenotativo della trascrizione del contratto preliminare ed attuazione della generalissima regola dell'art. 2644 c.c.

Neppure giova il richiamo alla specifica regola di conflitto tra cause di prelazione contenuta dell'art. 2775 bis c.c., comma 2, il quale prevede due categorie di creditori ai quali il privilegio concesso in favore del promissario acquirente non è opponibile: a) quelli garantiti da ipoteca relativa a mutui erogati al promissario acquirente per l'acquisto del bene immobile; b) quelli garantiti da ipoteca ai sensi dell'art. 2825 bis c.c.

Quanto all'ipoteca sub a) non è il caso di dilungarsi, pur dovendosi segnalare che tutti i commentatori hanno rilevato l'oscurità di una disposizione che sembrerebbe ammettere che il promissario, per effetto del preliminare, possa iscrivere ipoteca a garanzia dei suoi debiti su un bene non ancora di sua proprietà, in deroga dunque all'art. 2822 c.c. Sta di fatto, comunque, che, nell'ipotesi delineata, il conflitto è risolto nel senso che l'ipoteca a favore del mutuante prevale sul privilegio a favore del promissario acquirente, a prescindere dalla circostanza che la garanzia reale sia stata iscritta prima o dopo la costituzione del privilegio.

Quanto alla ipotesi sub b) — quella che maggiormente ci interessa — occorre tener conto della disposizione dell'art. 2825 bis c.c., richiamata dall'art. 2775 bis c.c.. Essa prevede (come s'è già visto in precedenza) che l'ipoteca iscritta sull'edificio (costruito o costruendo) a garanzia del finanziamento dell'intervento edilizio (ai sensi del D.Lgs. n. 385 del 1993, artt. 38 e segg.) prevale sulla trascrizione anteriore del contratto preliminare, limitatamente alla quota accollata dal promissario acquirente. In altri termini, benché iscritta successivamente alla trascrizione del preliminare, siffatta ipoteca prevale sul privilegio concesso a garanzia dei crediti vantati dal promissario acquirente nei confronti del promittente venditore. Risultando, così, risolto il problema del frazionamento del credito fondiario assistito da ipoteca che s'era posto nella precedente giurisprudenza ed attuato il favore del legislatore (del quale prima s'è detto) per i crediti incidenti sul processo di produzione o di valorizzazione della cosa.

Ora, le disposizioni correlate costituiscono un ulteriore sottosistema nell'ambito del sottosistema della trascrizione del contratto preliminare. Nel senso che l'art. 2775 bis c.c., comma 2, non si occupa del problema di ordine generale del rapporto tra privilegio e favore del promissario ed ipoteca iscritta contro il promittente, ma solo del rapporto tra privilegio ed ipoteca inerenti all'operazione di credito fondiario, disponendo l'inopponibilità del privilegio a due specifiche categorie di creditori ipotecari. Ne consegue che il richiamo a queste disposizioni non è utile a fondare la più generale regola di conflitto della quale s'è detto e che, soprattutto, le disposizioni stesse non possono essere indicate né come la deroga al principio dell'art. 2748 c.c., comma 2 (da parte di chi ritiene che l'inopponibilità del privilegio alle ipoteche successive presuppone, a maggior ragione, l'inopponibilità a quelle precedenti), né come la conferma al principio stesso (da parte di chi ritiene che il legislatore abbia voluto limitare l'inopponibilità del privilegi o alle sole ipoteche successive e non anche alle precedenti).

L'interpretazione sin qui offerta, nel ricondurre la normativa speciale nell'alveo del sistema, risolve anche una serie di

discrasie segnalate da quella dottrina che ha contrastato l'opposta soluzione.

Affermare la prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del preliminare comporterebbe, infatti, un'ingiustificata disparità di trattamento a seconda che il preliminare abbia o meno esecuzione: tali ipoteche, che in caso di stipulazione del contratto definitivo sono opponibili all'acquirente (in base al principio dell'antioriorità stabilito dall'art. 2644 c.c.), in caso di inadempimento dell'obbligo di contrarre diverrebbero a lui inopponibili, per effetto del privilegio nascente dalla stessa trascrizione del preliminare, con evidente sovvertimento della regola posta dall'ultima menzionata disposizione. Tenuto, altresì, conto di un'altra praticissima ma per nulla irrilevante considerazione: ossia, che il promissario, nel momento in cui stipula il preliminare ha contezza dell'esistenza dell'iscrizione ipotecaria sul bene che va ad acquistare; diversamente, il creditore (nel caso nostro il finanziatore) che abbia sin dall'inizio dell'operazione iscritto ipoteca a garanzia del suo credito sul medesimo immobile finirebbe (seguendo l'opposta tesi) con il vedere il suo credito postposto rispetto ad una serie indefinita ed indefinibile di crediti di promissari acquirenti (muniti di crediti privilegiati) susseguitisi nel commercio dello stesso bene.

Tant'è che non è infondato l'allarme lanciato da chi ha rilevato che l'asserita prevalenza del privilegio sulle ipoteche iscritte anteriormente alla trascrizione del contratto preliminare potrebbe costituire fonte di gravi abusi e di accordi fraudolenti tra il promittente venditore e il promissario acquirente, volti a vanificare la possibilità di soddisfacimento dei crediti garantiti dalle predette ipoteche. Il proprietario di un immobile gravato da ipoteca potrebbe, infatti, agevolmente sottrarre il bene alla garanzia del proprio o creditore, simulando un preliminare di compravendita con un soggetto compiacente, dichiarando di aver ricevuto l'intero corrispettivo e poi risolvendo il contratto, in quanto in sede di esecuzione forzata il credito del promissario acquirente per la restituzione del prezzo versato sarebbe collocato con grado porzione rispetto a quello ipotecario del creditore, che rimarrebbe pertanto insoddisfatto.

Infine, essendo il privilegio in questione collocato all'ultimo posto nell'ordine stabilito dall'art. 2780 c.c. (e quindi dopo quelli riconosciuti ai crediti dello Stato per concessioni di acque e tributi indiretti, i quali non possono essere esercitati in pregiudizio delle ipoteche precedentemente iscritte da terzi), l'accoglimento della diversa opinione determinerebbe un circolo vizioso, rendendo impossibile stabilire l'ordine delle cause di prelazione in caso di concorso dei privilegi di cui agli artt. 2772 e 277 c.c., con quello di cui all'art. 2775 bis c.c., e con ipoteche anteriori.

5. — *Le conclusioni.*

In conclusione, deve essere enunciato il seguente principio:

Il privilegio speciale sul bene immobile, che assiste (ai sensi dell'art. 2775 bis c.c.) i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645 bis c.c. siccome subordinato ad una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 c.c.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dell'art. 2748 c.c., comma 2, e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti.

Ne consegue che, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga (come nella specie) lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi della L. Fall., art. 72), il conseguente credito del promissario acquirente (nella specie, per la restituzione della caparra versata contestualmente alla stipula del contratto preliminare), benché assistito da privilegio speciale, deve essere collocato con grado inferiore, in sede di riparto, rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice. — *Omissis.*

(1) L'ipoteca anteriore prevale sul privilegio ex art. 2725 bis c.c.: quando la giurisprudenza ha i piedi per terra

Nel 1996 il legislatore introdusse la trascrizione del contratto preliminare e fornì di apposita tutela il promissario acquirente, vittima di ripetuti raggiri di cronaca, mediante concessione del privilegio speciale sul bene oggetto di preliminare trascritto quando anziché alla sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c. si giunga alla risoluzione del preliminare.

Tuttavia non venne in alcun modo regolato il conflitto con le ipoteche anteriori alla trascrizione del preliminare, sicché in letteratura si crearono due fronti opposti: secondo qualche autore¹ la soluzione del conflitto doveva trarsi dall'art. 2748 c.c., per il quale i privilegi speciali prevalgono sulle ipoteche anche se iscritte prima del sorgere del privilegio².

Questa tesi venne fatta propria da un tribunale³ la cui decisione venne avallata dal supremo Collegio⁴.

Altra parte della letteratura⁵ contestò questa soluzione, ritenuta formalista⁶, rilevando che proprio il presupposto — unico nel codice⁷ — della necessaria trascrizione del preliminare, senza la quale il privilegio non sorge⁸, dimostrerebbe come il conflitto debba essere risolto mediante il criterio della prevenzione della pubblicità.

Di qui la qualifica del privilegio, come si legge nella sentenza, quale privilegio “trascrizionale” o “iscrizionale”⁹ che comunque si distingue dai privilegi «in senso proprio, cioè per quelle cause di prelazione previste dalla legge unicamente in considerazione della loro causa e non collegati ad oneri specifici di pubblicità»¹⁰, che riconducendo l'ipotesi appunto nell'ambito della trascrizione, ne attrae la disciplina all'interno dei meccanismi di funzionamento, primo dei quali quello della priorità pubblicitaria¹¹.

Molte e puntuali le ulteriori critiche: ad es. di chi notò l'irrazionalità del meccanismo congegnato, in quanto mentre il creditore ipotecario avrebbe potuto far valere il suo titolo contro l'acquirente definitivo, lo stesso non sarebbe stato consentito per il contratto preliminare ineseguito¹².

Alcuni autori avvisarono infine che la soluzione fondata sull'art. 2748 c.c. avrebbe posto in crisi il sistema bancario¹³; chi scrive segnalò — e le parole sono riportate nella sentenza in commento — che «l'affermata prevalenza del privilegio consente infatti di innescare un meccanismo frodatario di semplicissima attuazione, essendo a tal fine sufficiente accedere al credito mediante concessione di ipoteca volontaria su un immobile, concludere poi con un contraente compiacente un preliminare di vendita, trascriverlo e non adempierlo. In tal modo il debitore incallito incasserà due volte il valore dell'immobile: la prima quando si sia fatto concedere il credito garantendolo con l'ipoteca; la seconda recuperando dal complice promissario acquirente il prezzo della vendita all'asta dell'immobile pignorato, stante appunto la prevalenza del privilegio sull'ipoteca già iscritta»¹⁴.

Va infine segnalata una terza lettura delle disposizioni in commento, per la quale il privilegio prevarrebbe sempre sull'ipoteca ove si verta in tema di immobili già costruiti, in virtù della tutela che il legislatore avrebbe voluto accordare ai promissari acquirenti rispetto agli altri creditori. Non sarebbe invece opponibile al creditore ipotecario in caso di edifici da costruire perché qui l'ipoteca sul terreno prevarrebbe sugli altri crediti, mentre il privilegio speciale prevarrebbe rispetto agli altri creditori relativamente al ricavato della vendita delle unità abitative costruite nel tempo e «al conflitto tra l'ipoteca iscritta sul suolo ed il privilegio dettato dall'art. 2775 bis si potrebbe applicare in via analogica il disposto dell'art. 2864, commi 2 e 3», ovvero facendo

¹ GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1997, I, 550; CIAN, *Alcune questioni in tema di trascrizione del contratto preliminare*, *ivi*, 1997, II 389; DELLE MONACHE, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Leggi civ. comm.*, 1998, 39; ALESSI, *Il privilegio immobiliare del promissario acquirente*, in *Fallimento*, 1997, 363; SERRAO, *Il contratto preliminare*, Padova, 2002, 222. Sulla c.d. “priorità legislativa del privilegio” v. PATRONI GRIFFI, *Concorso tra il privilegio del promissario acquirente e le ipoteche iscritte precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare di compravendita*, in *Banca Borsa*, 2001, II, 490, 493.

² La disposizione ora ricordata ha trovato fino ad oggi scarsa applicazione: ad es. per il privilegio per le imposte indirette (art. 2772 c.c.) o per le spese di bonifica di aree inquinate (art. 17, D.Lgs. n. 22/1997).

³ Trib. Genova, 25 gennaio 2001, *Giur. Comm.*, 2001, II, 656.

⁴ Cass., 14 novembre 2003, n. 17197, in *Giur. It.*, 2005, 286 e segg.

⁵ V. ad es. DI MAJO, *La trascrizione del preliminare e regole di conflitto*, in *Corriere Giur.*, 1997, 518; RICCIUTO, *Il contratto preliminare*, in *Trattato contratti* a cura di Rescigno, Gabrielli, Torino, 1999, 291.

⁶ Lo ha notato TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca Borsa*, 2001, II, 479 riferendosi alla decisione del Trib. Genova cit. alla nota 3.

⁷ Così, sulla scorta della lettera dell'art. 2775 bis, RELLINI,

Privilegio speciale immobiliare ed ipoteca iscritta prima del contratto preliminare ineseguito, in *Giur. Comm.*, 2001, I, 662.

⁸ Trib. Firenze, 19 ottobre 2005, in *Il Foro toscano, Toscana giurisprudenza*, 2007, 52.

⁹ DELLE MONACHE, *op. cit.*, 37; RELLINI, *op. cit.*, 662; PRESTI, *Privilegio da contratto preliminare ineseguito e ipoteche: tot capita tot sententiae?*, in *Banca Borsa*, 2001, II, 495; BECHINI, *La trascrizione del contratto preliminare*, in *Riv. Notar.*, 1999, I, 272.

¹⁰ TUCCI, *op. cit.*, 479.

¹¹ GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1998, 728 e segg.; TUCCI, *op. cit.*, 479-481; PALERMO, in LUMINOSO-PALERMO, *op. cit.*, 151; RICCIUTO, *op. cit.*, 290-291.

¹² GAZZONI, già in *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. Notar.*, 1997, I, 30 ed ora in *La trascrizione immobiliare*, Commentario a cura di Schlesinger, Milano, 1998, 723 e segg.; GAZZONI è l'autorevolissima dottrina cui fa riferimento la sentenza in commento. Cfr. inoltre LUMINOSO, *op. cit.*, 86; RICCIUTO, *op. cit.*, 290; PRESTI, *op. cit.*, 478.

¹³ BECHINI, *op. cit.*, 270 ma anche DELLE MONACHE, *op. cit.*, 39; per l'avvisato rischio che venisse meno addirittura il credito alle imprese che operano nel settore dell'edilizia v. LUMINOSO, *Contratto preliminare, pubblicità e garanzie*, in LUMINOSO-PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998, 75.

¹⁴ SICCHIERO, *Prevalenza del privilegio ex art. 2775 bis c.c. sulle ipoteche anteriormente iscritte?*, in *Giur. It.*, 2005, 286 e segg. e *Il contratto preliminare*, in *Trattato del contratto* a cura di Roppo, Milano, 2006, III, 548 e segg. spec. 553.

«separare dal prezzo di vendita la parte corrispondente alle opere eseguite dopo la trascrizione del suo titolo, fino a concorrenza del valore delle stesse al tempo della vendita»¹⁵.

La tesi però non ha convinto chi ha osservato che la distinzione di disciplina tra i preliminari riguardanti gli immobili esistenti e quelli da costruire «è più postulata che dimostrata»¹⁶, sicché l'alternativa prospettata non troverebbe conforto negli artt. 2748 e 2775 *bis* c.c., aggiungo anche in relazione al fatto che, una volta iscritta, l'ipoteca sul terreno si estende automaticamente alle costruzioni successive *ex art.* 2811 c.c.

Alla fine il supremo Collegio con la sentenza in esame — che dovrebbe oggi chiudere il discorso in forza dell'ultima modifica dell'art. 374, comma 3, c.p.c. — si è fatta carico sia di ricostruire sistematicamente il conflitto quanto anche del problema pratico dei rischi connessi alla soluzione formalista in precedenza avallata ed a parere di chi scrive si tratta di uno sforzo di motivazione davvero importante.

Infatti di fronte a regole che consentano interpretazioni differenti, la scelta deve necessariamente ponderare le conseguenze connesse all'interpretazione che si intenda avallare; ritengo cioè che ogni disposizione debba sempre essere letta esaltandone al massimo la ragionevolezza — principio che la Corte costituzionale ha più volte ritenuto insito nell'art. 2 Cost.¹⁷ — che impone proprio la valutazione dei costi e benefici che derivano al sistema nel suo insieme, dall'applicare la regola in un senso o nell'altro, scegliendo, per quanto difficile¹⁸, quello ottimale.

Questo per evitare — parafrasando le parole di Coase¹⁹ — di trasformarci tutti in giuristi “alla lavagna”, cioè giuristi attenti più ad una coerenza astratta delle costruzioni che si rivelano alla fine autoreferenziali che a risolvere i problemi concreti della vita quotidiana.

GIANLUCA SICCHIERO

PRELAZIONE URBANA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 25 settembre 2009, n. 20671 — DI NANNI *Presidente* — VIVALDI *Relatore* — FUCCI P.M. (diff.) — S.R. & C. s.r.l. (avv.ti Gentili, Sicchiero) - M.G. Junior s.a.a. di F.G. & C. (avv.ti Stella Richter, Forlati Zeno).

Locazione di cose — Prelazione urbana — Denuntiatio — Diritto di riscatto — Condizioni (L. 27 luglio 1978, n. 392, art. 38).

Obbligazioni e contratti — Contratto di locazione uso non abitativo — Diritto di prelazione — Differenza tra denuntiatio e contratto di vendita — Rilevanza — Lesione del diritto di prelazione — Sussi-

stenza — Diritto di riscatto — Sussistenza (L. 27 luglio 1978, n. 192, art. 38).

In materia di locazione di immobili urbani ad uso non abitativo, nella valutazione della domanda di riscatto, l'esame deve limitarsi alla verifica della coincidenza tra il contenuto della denuntiatio e quello del contratto di vendita (1).

In tema di prelazione di immobili locati ad uso diverso da quello abitativo, la comunicazione della volontà di trasferire il bene a titolo oneroso non ha natura di proposta contrattuale (ovvero di mera informativa di un generico intento di avviare trattative negoziali), ma riveste carattere di atto formale di interpello, vincolato nella forma e nel contenuto. (Nella fattispecie, secondo la Cassazione, la previsione del pagamento della provvigione a carico del conduttore, contenuta nella denuntiatio, ha impedito al prelazionario di valutare la convenienza dell'affare posto che la medesima condizione non è stata riprodotta nel rogito di vendita così da determinare un trattamento più vantaggioso per il terzo acquirente) (2).

 *Omissis.* — Correttamente la ricorrente ha denunciato l'erroneità della sentenza impugnata laddove ha ritenuto che costituisca prassi — integrante un fatto notorio — la circostanza che il venditore di un immobile “salvo patto contrario” proceda a propria cura e spese alla cancellazione dell'ipoteca, sotto il profilo della violazione dell'art. 115, secondo comma, cod. prc. civ.

In questo caso, la Corte di cassazione deve esercitare il proprio controllo, ripercorrendo il medesimo processo cognitivo dello stato di conoscenza collettiva operato dal giudice del merito (cass. 9.9.2008 n. 22880).

Ora, la Corte di merito — al fine di escludere che vi fosse differenza fra *denuntiatio* e clausole del contratto di compravendita, che indicava l'esistenza di un'ipoteca iscritta sull'immobile oggetto della vendita, con obbligo di successiva cancellazione “nel più breve tempo possibile” — ha dato per acclarato la prassi indicata, sottolineando che questo avrebbe comportato un vantaggio anche per la conduttrice.

Ma una tale prassi non integra in alcun modo il fatto notorio, quale fatto acquisito alle conoscenze della collettività.

Inoltre, il ricorso alle nozioni di comune esperienza (fatto notorio), comportando una deroga al principio dispositivo ed al contraddittorio, introducendo, nel giudizio civile, prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati, né controllati, va inteso in senso rigoroso, e cioè — come già detto — come fatto acquisito alle conoscenze della collettività, con tale grado di certezza da apparire indubitabile ed incontestabile.

Ne deriva che non si possono reputare rientranti nella nozione di fatti di comune esperienza, intesa quale esperienza di un individuo medio, in un dato tempo e in un dato luogo, quegli elementi valutativi che implicano cognizioni particolari, od anche soltanto la pratica di determinate situazioni, né quelle nozioni che rientrano nella scienza privata del giudice; e ciò perché quest'ultima, in quanto non universale, non rientra nella categoria del notorio (v. anche Cass. 28.2.2008 n. 5232; Cass. 19.11.2007 n. 23978).

Nella specie, la circostanza che il venditore cancelli l'ipoteca gravante sull'immobile all'atto della vendita non può

¹⁵ PATRONI-GRIFFI, *op. cit.*, 493.

¹⁶ PRESTI, *op. cit.*, 479.

¹⁷ V. nei più svariati settori dell'ordinamento, sia per accogliere come per respingere le questioni sottoposte, le decisioni di Corte cost., 18 luglio 2008, n. 286, in *Giust. Pen.*, 2008, I, 242; Id., 28 marzo 2008, n. 72, *Giust. Pen.*, 2008, I, 97; Id., 10 luglio 2008, n. 266, in *Fisco* 1, 2008, 5452; Id., 19 gennaio 2007, n. 5,

in *Giur. It.*, 2008, 161; Id., 20 luglio 2006, n. 307, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2006, 1037.

¹⁸ Sulle difficoltà delle scelte razionali v. SIMON, *Causalità, razionalità, organizzazione*, Bologna, 1985, spec. 279 e segg., 341 e segg.

¹⁹ *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, 59.

assurgere a fatto notorio, posto che questa appare soltanto una delle facoltà che le parti possono prevedere — nell'ambito della loro autonomia privata — come clausola contrattuale, dovendosi, invece, affermare che le parti avrebbero potuto diversamente convenire; e ciò nell'interesse anche dell'acquirente, che avrebbe potuto giovare dell'accollo dell'ipoteca, con conseguente diminuzione del prezzo di acquisto.

Erra, perciò, nuovamente, la Corte di merito che ha ritenuto che il conduttore avrebbe rifiutato di acquistare l'immobile non purgato dall'ipoteca, così esprimendosi "vuoi infine perché presumibilmente la stessa conduttrice giammai avrebbe sottoscritto un rogito senza prima ottenere la totale liberazione del bene". — *Omissis*.

La Corte di merito, dopo avere accertato la sussistenza di una discrepanza fra *denuntiatio* e rogito — per il fatto di non contenere la prima né la indicazione della esistenza dell'ipoteca e delle sue vicende come più sopra delineate né l'indicazione dell'obbligo, da parte dell'acquirente, di pagare la somma di L. 25.800.000, a titolo di provvigione all'agente che aveva svolto l'intermediazione, nel termine fissato per il rogito, ed inoltre — in ordine al pagamento dell'acconto di L. 50.000.000 — che, mentre, nella *denuntiatio*, era previsto il pagamento immediato, nel rogito, invece, si dava atto del versamento del prezzo di L. 430.000.000" prima della stipula, ma non già dell'avvenuto pagamento dell'acconto il 07.07.2001 ovvero nei giorni immediatamente successivi "è passato a considerare ed a valutare la opportunità e convenienza dell'operazione come svolta.

Ora, costituisce *ius receptum*, come già detto, che — in tema di prelazione urbana — vada riconosciuto il diritto di riscatto, non solo nell'ipotesi in cui nella *denuntiatio* sia stato indicato al conduttore un prezzo superiore a quello risultante dalla vendita conclusa con il terzo, ma anche nel caso in cui, a parità di prezzo, siano state concesse al terzo acquirente condizioni di pagamento più vantaggiose, senza che della stessa sia stata data tempestiva ed esatta comunicazione al conduttore avente diritto alla prelazione (Cass. 6.8.2002 n. 11776; Cass. 9.12.1997 n. 12459; Cass. 16.4.1993 n. 4532; Cass. 1.7.1991 n. 7241).

Infatti, ai sensi della L. n. 392 del 1978, art. 38, la *denuntiatio* deve indicare non solo il corrispettivo, ma anche le altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa. La rigorosità del contenuto della *denuntiatio* prescinde, quindi, dalla sua natura, poiché la completezza della stessa è posta come requisito essenziale dalla legge, e trova la sua giustificazione nel fatto che il conduttore deve essere posto nelle condizioni di valutare compiutamente la convenienza o meno dell'acquisto del bene locatogli (v. in questo senso anche Cass. 1.7.1991 n. 7241).

Ma una tale valutazione spetta al conduttore, non anche al giudice, che deve limitarsi a verificare la coincidenza o meno tra le condizioni contenute nella *denuntiatio*, al fine dell'esercizio del diritto di prelazione, e quelle contenute nel rogito di vendita a terzi.

Diversamente, il giudice si arroga un potere che gli è precluso, rientrando in quello dispositivo, spettante alle parti.

Al momento della *denuntiatio*, infatti, è operata una cristallizzazione dei valori che non può più essere mutata in sede di conclusione del contratto di vendita. — *Omissis*.

 (1) La normativa di riferimento in tema di prelazione urbana è contenuta nella L. 27 luglio 1978, n. 392 e in specie negli artt. 38 e 39 riferiti alla locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo¹. *Ratio* della normativa in esame è infatti quella di salvaguardare l'avviamento commerciale di attività a contatto diretto con un pubblico di utenti e consumatori².

La sentenza richiama il costante orientamento giurisprudenziale laddove afferma che, poiché la rigorosità della *denuntiatio* è requisito espressamente indicato dalla normativa di riferimento al fine di consentire al locatore una compiuta valutazione della convenienza dell'affare, essa deve contenere non solo le indicazioni relative al corrispettivo della vendita bensì anche ogni altra condizione della stessa. Conseguentemente, afferma la Corte, il diritto di riscatto va riconosciuto «anche nel caso in cui, a parità di prezzo, siano state concesse al terzo acquirente condizioni di pagamento più vantaggiose»³.

La pronuncia si segnala altresì in quanto circoscrive l'attività del giudice alla sola verifica della completezza della comunicazione, non consentendogli l'ulteriore valutazione in merito alla opportunità e convenienza dell'operazione svolta.

In specie, afferma la Corte, la valutazione circa la convenienza dell'affare, della quale la completezza della comunicazione costituisce il presupposto, rientra nel potere dispositivo delle parti e pertanto il giudice, rilevata l'incongruenza tra la *denuntiatio* e il contratto di vendita stipulato con il terzo, non può procedere ad una diretta valutazione della convenienza dell'operazione proposta al conduttore, al solo fine di escludere la rilevanza di tali alterazioni.

Appare opportuno sottolineare, infine, che la Corte ha censurato la valutazione del giudice di merito laddove, al fine di negare la rilevanza delle specificazioni inserite nel solo contratto di compravendita stipulato con il terzo, aveva ritenuto rientrante nella nozione di fatto notorio la circostanza che il venditore cancelli l'ipoteca gravante sull'immobile all'atto della vendita; riaffermando il costante principio di diritto secondo cui non possono essere ritenuti rientranti nella nozione di fatto notorio «elementi valutativi che implicino cognizione particolari od anche soltanto la pratica di determinate situazioni»⁴.

(2) Sul contenuto della *denuntiatio* nella prelazione urbana: profili problematici

1. La sentenza della Cassazione affronta il problema dei confini che incontra l'obbligo d'informazione del proprietario nel sistema legale della prelazione urbana.

¹ CATELLANI, *Manuale della locazione*, Milano, 2001, 563; DE TILLA, *Le locazioni — indennità di avviamento, prelazione e riscatto*, IV, in *Diritto Immobiliare: trattato sistematico di giurisprudenza ragionata per casi*, Milano, 2002, 571; FURGIUELE, *Le prelazioni*, in AA.VV., *Le locazioni urbane* a cura di Cuffaro, Torino, 1999, 87; TRIFONE, *La locazione: disposizioni generali e locazioni di fondi urbani*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Torino, 2007, XII, 232 e segg.

² TRIOLA, *La prelazione legale*, Milano, 2003, 131 e segg.

³ Cass., 9 dicembre 1997, n. 12459, in *Mass. Giur. It.*, 1997; Id., 16 aprile 1993, n. 4532, in *Rass. equo canone*, 1993, 287; Id., 1° luglio 1991, n. 7241, in *Vita Notar.*, 1991.

⁴ Cass., 28 febbraio 2008, n. 5232, in *Mass. Giur. It.*, 2008; Id., 19 novembre 2007, n. 23978, *ivi*, 2007; Id., 30 gennaio 2007, n. 1956, *ibid.*; Id., 29 aprile 2005, n. 9001, *ivi*, 2005. V. in dottrina, PUNZI, *Il processo civile — sistema e problematiche*, Torino, 2008, I, 383; PALLATUCCI, *Dei poteri del giudice*, in *La giurisprudenza sul codice di procedura civile coordinata con la dottrina* a cura di Stella Richter, Milano, 2006, I, 2469; CARRATTA, *Prova e convincimento del giudice nel processo civile*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, 327; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, 185; ALLORIO, *L'ordinamento processuale prisma dell'accertamento giudiziale*, Milano, 1957, 361.

La sentenza merita di essere segnalata per la tesi secondo cui sussiste violazione del diritto d'informazione del prelazionario ex art. 38, legge n. 392/1978 nell'ipotesi in cui, tra le condizioni della vendita comunicate mediante *denuntiatio*, il proprietario preveda a carico del conduttore il pagamento della (ingente) provvigione del mediatore¹. Ciò anche perché, laddove nel contratto definitivo siglato dal proprietario con il terzo, nulla sia stabilito in merito alla provvigione, la condotta del venditore si pone in contrasto con il principio di parità di trattamento tra conduttore e terzo acquirente.

La decisione respinge *in toto* la tesi espressa dalla Corte di appello secondo cui, da un lato, ossia con riferimento alla *denuntiatio*, l'obbligo di pagamento della provvigione sarebbe estraneo al rapporto contrattuale di compravendita, di talché non sarebbe informazione rilevante per decidere della completezza della comunicazione inviata al conduttore; dall'altro lato, ossia con riferimento al contratto di compravendita sottoscritto, la difformità rilevata sarebbe solo apparente, poiché la mancata inserzione del rapporto di mediazione nel contratto definitivo rappresenterebbe circostanza del tutto consueta nella prassi.

La differenza di motivazione resa tra giudice di appello e Cassazione configura una dialettica tra opposte interpretazioni dell'art. 38, legge n. 392/1978: la Cassazione, facendo leva sul fatto che la comunicazione deve riguardare il prezzo e «le altre condizioni alle quali la compravendita dovrebbe essere conclusa»², si dimostra disponibile ad ammettere che, ai fini della prelazione legale, le parti possano gestire il pagamento della provvigione come una condizione della futura vendita.

Dall'altra parte, il giudice del merito dubita proprio dell'ammissibilità che le parti possano trattare la provvigione come una componente della compravendita, di modo che sia possibile addossare al prelazionario an-

che il costo di un servizio di cui questi non ha in alcun modo beneficiato.

2. Occorre prendere le mosse da un'impostazione invalsa in giurisprudenza, ricordata anche dalla Cassazione odierna: la *denuntiatio* non ha natura di proposta negoziale³ ma di atto d'interpello, vincolato tanto nella forma quanto nel contenuto. Dunque, non avendo natura di atto (di autonomia) negoziale, la dichiarazione di adesione del conduttore alla *denuntiatio* non rappresenta accettazione di una proposta né comporta l'acquisto dell'immobile⁴.

Per quanto vincolato nel contenuto, non esiste un elenco tassativo di circostanze da comunicare al prelazionario. La questione di quali informazioni debbano essere recepite nella *denuntiatio* è perciò rimessa alla valutazione del giudice di merito⁵.

La discrezionalità del proprietario deve esercitarsi facendo attenzione al dettato legislativo, nella parte in cui l'art. 38 cit. stabilisce che, a fronte dell'obbligo del venditore di comunicare il prezzo e le condizioni della vendita, il conduttore ha l'obbligo di offrire «condizioni uguali a quelle comunicategli».

Dunque, il privilegio del conduttore è condizionato al fatto che costui offra eguali condizioni (*rectius*: condizioni non deteriori) rispetto a quelle comunicate dal proprietario; verosimilmente, quelle condizioni che sono state proposte dal terzo interessato all'acquisto⁶.

Dall'adesione del conduttore sorgerebbe non solo il generico obbligo per il prelazionario di addivenire alla stipula del contratto preliminare o definitivo⁷, ma — per effetto della clausola di pari trattamento — di stipularlo alle condizioni contrattuali comunicate nella *denuntiatio*. A tale proposito, proprio la Corte ricorda che le condizioni contenute nella *denuntiatio* non sono modificabili da parte del conduttore che abbia aderito all'invito, pena l'invalidità della esercitata prelazione. Da quel momento in poi, dunque, è preclusa qualsiasi

¹ Si registra la decisione Cons. di Stato, 19 giugno 2001, n. 3241, in *Foro Amm.*, 2001, I, 1359, che, in tema di prelazione artistica, ha deciso di computare, ai fini della determinazione del prezzo di acquisto del bene, anche l'ammontare del costo della provvigione.

² Intendendosi con queste le clausole che riguardano la sostanza giuridica-economica del negozio, secondo Cass., 14 ottobre 1992, n. 11208, *Arch. loc.*, 1992, 67, tra le quali non rientra la facoltà del venditore di scegliere il notaio, in quanto simile clausola non viene ad integrare il successivo contenuto del contratto preliminare.

³ FURGIUELE, *Contributo allo studio della struttura delle prelazioni legali*, Milano, 1984, 45; BARGELLI, *Proprietà e locazione. Prelazione e valore di scambio*, Torino, 2004, 157. Ma v. in contrario, ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, Milano, 2001, 166; GALLO, voce "Prelazione", in *Digesto Priv.*, XIV, Torino, 1996, 175, secondo i quali si tratta di atto di autonomia negoziale assimilabile a proposta revocabile.

⁴ Concorda CARPINO, voce "Prelazione e riscatto (II. Immobili urbani)", in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, 1988, 5. In tale senso, Cass., 21 aprile 2005, n. 8368, cit., non è dunque invito ad offrire per sondare la volontà del conduttore in ordine alla mera eventualità di un trasferimento a titolo oneroso dell'immobile, ma deve contenere specifica indicazione di tutte le condizioni della vendita progettata. V. Cass., 21 maggio 1991, n. 5713, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 114 con nota di BASILE, *Mancato esercizio del diritto di prelazione e obbligo di rinnovazione della denuntiatio*. Come tale, la disciplina è sottratta all'autonomia privata. Id., 5

marzo 2009, n. 5369, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 3, 394; nonché Id., Sez. un., 4 dicembre 1989, n. 5357, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 1307, con nota di TRIOLA, *Ancora sulla natura della denuntiatio, in tema di cosiddetta prelazione urbana*, e in *Giur. It.*, 1990, I, 1, 918, con nota di GENTILI.

⁵ Cass., 9 dicembre 1997, n. 12459, in *Arch. loc.*, 1996, 196; Trib. Lucca, 4 aprile 1992, *Giur. di Merito*, 1993, 632. La legge, non stabilendo a pena di nullità quale debba essere il contenuto della *denuntiatio*, ha implicitamente rimesso al giudice di merito l'apprezzamento in ordine alla concreta idoneità della comunicazione a consentire il positivo esercizio del diritto di prelazione. Così Id., 21 aprile 2005, n. 8368, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 6; Id., 18 aprile 1995, n. 4334, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 1996, 314, con nota di DE TILLA, *Sui requisiti della comunicazione al conduttore per l'esercizio del diritto di prelazione*.

⁶ Cass., 18 marzo 1988, n. 2505, in *Arch. loc.*, 1988, 550; sull'esclusione della possibilità di trattativa tra le parti, v. Cass., 17 novembre 1998, n. 11551, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 2363, ad esempio adducendo compensazioni con i miglioramenti apportati, oppure Id., 24 giugno 1993, n. 7008, in *Giust. Civ. Mass.*, 1993, 1079, con riferimento ad una diversa regolamentazione del pagamento del prezzo.

⁷ *Contra* CARPINO, voce "Prelazione e riscatto (II. Immobili urbani)", in *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, 1988, 5, il quale — ferma restando la natura di atto di interpello — rileva che il soggetto passivo della prelazione non è obbligato a contrarre.

iniziativa negoziale del conduttore tesa a perseguire condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nella *denuntiatio*⁸.

Si evince allora che il rispetto del criterio di eguale trattamento, da un lato, è posto a tutela dell'interesse del venditore, non del conduttore; dall'altro, che il venditore ha diritto di selezionare l'informazione su cui ritiene d'imporre al conduttore il vincolo di eguaglianza.

3. La *par condicio* rappresenta, in prima battuta almeno, un onere del prelazionario, nel senso che questo è condizione per il riconoscimento del diritto di prelazione. Il complesso delle conclusioni che abbiamo ora delineato pare confortata dalla considerazione del sistema d'interessi sotteso alla prelazione legale urbana.

La legge attribuisce al conduttore dell'immobile, di cui il proprietario manifesta l'intenzione di vendita, il diritto (potestativo)⁹ di essere preferito a qualsiasi terzo interessato all'acquisto¹⁰. Ciò si spiega con l'interesse di natura pubblica e indisponibile a salvaguardare il consolidamento della gestione imprenditoriale in chi utilizza l'immobile.

Senonché, la tutela di tale interesse avente natura generale conculca la libertà contrattuale del venditore di scegliere la controparte. La legge, pertanto, condiziona l'esercizio della prelazione del conduttore all'offerta di condizioni giuridiche-economiche pari rispetto a quelle offerte dal terzo proponente l'acquisto.

Lo scopo è evitare che il pregiudizio del diritto del venditore di scegliere la controparte sfoci in una lesione ben peggiore¹¹, quella del suo diritto a negoziare liberamente le condizioni economiche e giuridiche della vendita con qualsiasi terzo interessato¹².

Insomma, la vicenda prelatizia si caratterizza per l'eguaglianza di condizioni giuridiche-economiche offerte dal terzo e dal conduttore, di modo che per il venditore sarà indifferente vendere a questi o al conduttore¹³.

Dal punto di vista contenutistico, la disciplina della *denuntiatio* è perciò conformata in maniera tale da porre il procedimento di formazione del consenso contrattuale in uno stato d'indifferenza rispetto alla proposta proveniente dal terzo, per il venditore in favore del conduttore¹⁴. Fin qui la fisiologia del fenomeno.

4. In maniera apparentemente difforme da quanto fin qui affermato, la giurisprudenza tratta la parità di condizioni come un vero e proprio obbligo che il venditore deve osservare in favore del conduttore. Ciò nel senso che il terzo acquirente deve acquistare alle medesime condizioni notificate al conduttore.

Sussistendo difformità tra *denuntiatio* e contratto, questa rileva nell'interesse del prelazionario; il proprietario deve porre rimedio mediante una nuova *denuntiatio* che informi il conduttore delle diverse condizioni di vendita praticate con il terzo. In caso contrario, il prelazionario avrà diritto di riscattare l'immobile alle migliori condizioni a cui il terzo l'ha acquistato.

Ciò si spiega non solo tenendo in considerazione la prassi, che vede appunto l'inoltro della comunicazione da parte del proprietario coincidere con la stipula di un contratto preliminare con il terzo promissario acquirente; ma anche considerando che, sulle medesime informazioni, il venditore assume l'obbligo a contenuto negativo — ricavabile dal successivo art. 39, legge n. 392/1978 attributivo del diritto di riscatto al prelazionario pretermesso — di non praticare condizioni contrattuali diverse e più favorevoli al terzo proponente l'acquisto.

Questo passaggio permette d'indagare la patologia del fenomeno prelatizio. Fornendo una falsa rappresentazione dell'affare, il proprietario potrebbe indurre il conduttore a rinunciare ad esercitare il suo diritto di prelazione. La *denuntiatio*, da strumento di trasparenza può diventare strumento d'opacità.

La curvatura informativa assunta dal diritto di prelazione suggerisce che il diritto di riscatto deve essere accordato a seguito di un giudizio sulla completezza

⁸ Cass., 19 luglio 2007, n. 16070, in *Riv. Giur. Edilizia*, 2008, 3, 752, con nota di DE TILLA, *La prelazione locatizia e le condizioni di vendita*.

⁹ MOSCARINI, voce "Prelazione", in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 982, il quale aderisce alla tesi di BENEDETTI, *Prelazione e riscatto nell'alienazione di fondi rustici*, in *Scritti in onore di S. Pugliatti*, Milano, 1978, I, 1, 132 confermando la natura, altrimenti contestata, di diritto potestativo, ritenendo superabile il fatto che l'esercizio della prelazione non determini il trasferimento del diritto; SCHERMI, *Il diritto di prelazione, nelle locazioni urbane, attribuito al conduttore dall'art. 38 l. 27 luglio 1978, n. 392: natura di diritto potestativo*, in nota a Cass., 19 gennaio 1988, n. 356, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 2345 e segg. il quale riconosce alla vendita definitiva valore riproduttivo del consenso ai soli fini della trascrizione.

¹⁰ Sul rapporto funzionale tra diritto di prelazione, avente natura obbligatoria, e di riscatto avente carattere potestativo, v. CARPINO, voce "Prelazione e riscatto (II. Immobili urbani)", *Enc. Giur. Treccani*, XXXII, 1988, 1.

¹¹ Tenendo presente che tale limitazione dell'autonomia privata produce ulteriori conseguenze negative in termini di aumento dei costi transattivi. Per tali considerazioni v. GALLO, voce "Prelazione", in *Digesto Priv.*, cit., 170.

¹² Sicché appare nell'ottica del contemporaneo di interessi circoscrivere il più possibile le ipotesi in cui il diritto di prelazione e la disciplina speciale debba essere applicata in forza del

criterio dell'identità tra immobile locato e venduto. In tale senso v. Cass., 18 settembre 2008, n. 23856, in *Arch. loc.*, 2009, 1, 50, laddove si esclude che il conferimento dell'immobile in società costituisca ipotesi assimilabile alla vendita e dunque suscettibile di integrare il presupposto della disciplina vincolata, anche su presupposto che si acquisisce la qualità di socio e non semplicemente il trasferimento di un diritto (Trib. Firenze, 17 ottobre 2007, inedita); escludendo l'ipotesi della permuta, sia perché il prezzo non sussiste sia per obiettiva impossibilità del conduttore di offrire condizioni uguali di scambio (Cass., 30 luglio 2007, n. 16853, *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8; Id., 22 giugno 2006, n. 14455, in *Vita Notar.*, 2006, 1417; Id., 6 maggio 2003, n. 6867, in *Giust. Civ. Mass.*, 2003, 5); vendita della quota di proprietà (Cass., Sez. un., 14 giugno 2007, n. 13886, in *Vita Notar.*, 2007, 2, 735). Molto più problematica l'ipotesi della vendita in blocco, da distinguere rispetto alla vendita cumulativa, dell'edificio, sul presupposto della obiettiva difformità tra immobile compravenduto ed immobile locato, su cui da ultimo Cass., 19 marzo 2009, n. 6652, in *Guida Dir.*, 2009, 18, 70.

¹³ Secondo MOSCARINI, voce "Prelazione", in *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 981 l'uguaglianza di trattamento rappresenta contenuto essenziale della prelazione.

¹⁴ GIOVE, *Locazioni ad usi diversi dall'abitazione*, in *I contratti di utilizzazione dei beni* a cura di Cuffaro, Torino, 2008, 240, correttamente conclude nel senso che la vicenda prelatizia priva il proprietario solo ed unicamente della scelta della controparte.

della *denuntiatio* non formulabile *ex ante* ma solo *ex post*.

Solo dal confronto tra contenuto del contratto definitivo stipulato con il terzo e risultato economico-giuridico che il prelazionario avrebbe ottenuto esercitando la prelazione sulla base della *denuntiatio*, si può decidere della completezza informativa della condotta del venditore. Nel qual caso, il prelazionario avrà diritto di recesso sul presupposto legale che eventuali omissioni o difformità abbiano assecondato una *conventio ad excludendum* tra venditore e terzo acquirente a non vendere al prelazionario, interesse evidentemente contrario alla *ratio* della prelazione urbana.

5. Dunque, da un lato, la legge onera il venditore a fornire le informazioni senza specificare ulteriormente; dall'altro, la giurisprudenza ammette la sussistenza di una lesione del diritto di prelazione *sub species* di lesione del diritto d'informazione del conduttore¹⁵.

Quando l'informazione rende impossibile valutare la convenienza dell'affare, si accorda il diritto di recesso¹⁶. Nel rispetto delle considerazioni sopra formulate sull'assetto di interessi nella prelazione legale, dovrebbe ritenersi opportuno che il sindacato sulla completezza informativa della *denuntiatio* abbia riguardo solo a quelle clausole che denunciano quali siano gli interessi indeclinabili del venditore, quelli su cui, insomma, si formerà il contenuto giuridico-economico della compravendita¹⁷.

Notiamo che, invece, attraverso una lettura estensiva del concetto di condizioni della vendita, si asseconda, in realtà, la condotta maliziosa del proprietario, il quale moltiplicandole, solo apparentemente conforma interessi inerenti il rapporto di scambio del bene contro il prezzo, ma in realtà persegue il solo scopo di dissuadere il conduttore dall'esercitare la prelazione.

Una simile impostazione produce una conseguenza non proprio opportuna in linea generale ed astratta: qualsiasi difformità, anche minima, tra contratto e *denuntiatio*, su clausole esterne al contratto di compra-

vendita, potrebbe consentire l'esercizio del diritto di riscatto al conduttore.

In realtà, appare più opportuno essere rigorosi nel valutare l'inerenza della informazione rispetto all'affare. Rigore che pare preteso anche dalla lettera dell'art. 38, legge cit., che — nel riferirsi alle altre condizioni a cui la vendita dovrebbe essere conclusa — è vero che non stabilisce limitazioni di sorta, ma chiaramente si riferisce alle sole condizioni della compravendita.

Perciò, almeno dal punto di vista legale, rilevano esclusivamente difformità inerenti obiettivamente le condizioni della vendita, e non di altri rapporti preliminari o accessori. La qual cosa ci pare coerente con la necessità di ledere il meno possibile la libertà contrattuale del venditore.

6. Nel valutare la clausola sul pagamento della provvigione, le considerazioni sin qui espresse suggeriscono un differente *iter* argomentativo per risolvere la questione affrontata dalla Cassazione.

La Corte ritiene irrilevante stabilire se il rapporto di mediazione si ponga all'interno o all'esterno del rapporto di vendita¹⁸; rileva unicamente se la provvigione sia stata formalmente assunta dal terzo acquirente, e dunque se sussista sotto questo profilo disparità di trattamento in punto di oneri economici connessi alla vendita tra prelazionario e terzo acquirente.

L'argomento non pare del tutto persuasivo. Intanto, rinunciando a valutare se la mediazione sia formalmente una sistemazione d'interesse interna o esterna alla vendita, si rinuncia all'unico criterio idoneo, per quanto vago, a consentire una valutazione in ordine alla completezza del contenuto della *denuntiatio*. Con la conseguenza che, da un lato, il proprietario non avrebbe alcun criterio per stabilire in anticipo e con qualche sicurezza fino dove deve spingersi il suo dovere d'informazione in favore del conduttore, esponendosi al riscatto del prelazionario¹⁹, dall'altro lato, si fa dipendere il diritto di riscatto da un dato squisitamente formale, ossia la disparità di trattamento rilevata sulla ba-

¹⁵ Cass., 9 dicembre 1997, n. 12459, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 2354; Id., 16 aprile 1993, n. 4532, *ivi*, 1993, 683; Id., 1° luglio 1991, n. 7241, in *Vita Notar.*, 1991, 1002.

¹⁶ Almeno secondo l'opinione giurisprudenziale, considerata che la lettera dell'art. 39 della legge n. 392/1978 menziona unicamente l'ipotesi della mancata notificazione o se «il corrispettivo indicato sia superiore a quello risultante dall'atto di trasferimento a titolo oneroso dell'immobile» Ma v. Cass., 1° luglio 1991, in *Arch. Loc.*, 1992, 82; Id., 9 dicembre 1997, n. 12459, *ivi*, 1998, 196; Id., 16 aprile 1993, n. 4532, in *Rass. equo canone*, 1993, 287 con nota favorevole di IMPERATO; Id., 6 giugno 1992, n. 6999, *ibid.*, con nota di FERRONE, *Gli estremi della denuntiatio in giurisprudenza*. Sulla sufficienza della mera discrasia formale ai fini del riscatto v. GROVE, *op. cit.*, 240, il quale pone in evidenza il problema di natura fiscale derivante dalla possibile diversa indicazione di prezzo tra *denuntiatio* e contratto definitivo in base alla rendita catastale.

¹⁷ Il vincolo procedurale è peraltro talmente stringente che secondo la giurisprudenza «il contratto preliminare di vendita stipulato prima della locazione con un soggetto a questa estraneo non è idoneo a sopprimere il diritto di prelazione derivante al conduttore dal rapporto locativo successivamente venuto ad esistenza», così Cass., 31 marzo 2008, n. 8288, in *Vita Notar.*, 2008, 2, 953; così come «la circostanza che la vendita dell'immobile al terzo sia stata perfezionata dopo la cessazione *de jure* del contratto di locazione non esclude la configurabilità del

diritto di riscatto in capo al conduttore che non abbia ricevuto dal locatore la *denuntiatio*, qualora il trasferimento della proprietà sia avvenuto in esecuzione di un contratto preliminare stipulato prima della scadenza della locazione». Id., 25 febbraio 2008, n. 5502, in *Foro. It.*, 2008, 4, 1089. Con riguardo alle condizioni economiche, ed in particolare il prezzo, rileva anche l'intervallo temporale tra *denuntiatio* e vendita al terzo, che, laddove sia tale da avere determinato una rilevante differenza di valore monetario per effetto dell'inflazione, si dovrà provvedere ad una nuova *denuntiatio* (Id., 21 maggio 1991, n. 5713, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 114).

¹⁸ Cass., 12 dicembre 2003, n. 19058, in *Vita Notar.*, 2004, 291 ha dedotto dalla natura dichiarativa e non costitutiva della trascrizione che l'accolto degli oneri della trascrizione in capo al venditore o al conduttore non rappresenta una condizione rilevante ai fini della corretta formazione del consenso dell'acquirente alla vendita dell'immobile.

¹⁹ Di là del caso paradigmatico della *denuntiatio* che consiste nell'invio del preliminare già firmato, l'ipotesi acquista una consistenza addirittura clamorosa quando l'iniziativa del venditore prescinde da un precedente accordo con il terzo. In questo caso, infatti, la successiva vendita ad un terzo a seguito della rinuncia del conduttore potrebbe sempre essere esposta ad essere posta nel nulla per l'esercizio del diritto di riscatto da parte del prelazionario.

se delle mere differenze formali tra *denuntiatio* e contratto²⁰.

Per ciò che riguarda il riferimento al criterio della parità di trattamento, si può sospettare che esso sia stato utilizzato in maniera impropria. Si è visto che, fisiologicamente, la *par condicio* rappresenta un onere in capo al conduttore per essere preferito nell'acquisto dell'immobile nei confronti del terzo; sotto il profilo patologico, il medesimo criterio può assumere rilievo come lesione del diritto di prelazione *sub specie diritto* ad essere correttamente informato sulla convenienza della compravendita.

Nella motivazione resa dalla Cassazione, invece, l'eguaglianza di condizioni è trattata come criterio che qualifica la rilevanza dell'interesse economico del venditore. Con la conseguenza che si espone il prelazionario ad ogni possibile richiesta del proprietario.

Anche a volere assecondare tale mutazione di senso del criterio di eguaglianza di condizioni, se ne dovrebbe ricavare che il giudizio complessivo sull'idoneità informativa della *denuntiatio* può e deve essere reso anche alla luce dei criteri contrattuali della buona fede e correttezza che insistono sulle parti del contratto di locazione. Criteri questi che suggeriscono di riequilibrare il dovere informativo in una duplice prospettiva: da un lato, nel senso che non ogni informazione data o omessa nella *denuntiatio* deve essere valutata come avente la medesima capacità rappresentativa della convenienza dell'affare; dall'altro, nel senso che il diritto di riscatto non può subire una torsione indebita nelle mani del conduttore, quale strumento di tutela non più del suo diritto di prelazione ma di un generico diritto di ripensamento.

7. Nel caso della provvigione, l'ipotesi controversa assume senso unicamente laddove la *denuntiatio* riporta una clausola del preliminare da cui risulti che il promissario acquirente si sia assunto l'obbligo di pagare per intero le spese della mediazione. Ammettendo che una tale regolamentazione possa corrispondere ad un interesse del venditore, occorre porre cautela sul fatto che, nel sistema della prelazione legale, e dunque ai fini del privilegio del conduttore, l'accollo della provvigione non qualifica un interesse rilevante del venditore²¹.

Una simile condotta informativa appare contraria a buona fede e correttezza perché subordina il diritto di prelazione al pagamento di spese per un servizio di cui il conduttore non ha in alcun modo usufruito. Del resto, la messa in relazione tra conduttore e venditore, a differenza di quanto avvenuto con il terzo acquirente, avviene non già in conseguenza del servizio di mediazione, ma a causa di una fattispecie legale tipica che il proprietario è obbligato ad assolvere: la *denuntiatio* è atto dovuto.

Si dirà che il promissario acquirente è disponibile ad assumersi l'onere del pagamento della provvigione e questo può rappresentare un dato economico discriminante nella valutazione del venditore. A ben vedere, tuttavia, anche quando si volesse seguire il ragionamento della Corte, la disparità di trattamento vi sarebbe non solo *ex post*, ossia quando il terzo non si sia accollato, in maniera impegnativa o in sede definitiva, la spesa relativa, nel qual caso il venditore ha semplicemente aumentato il prezzo della vendita in capo al conduttore; ma anche *ex ante*, nel caso in cui il terzo si accoli davvero tale spesa, perché il prelazionario, a differenza del terzo, non si è avvalso in alcun modo dei servizi del mediatore²².

Si consideri, infine, che la condotta informativa del proprietario sembra sfuggire alla sanzione del riscatto poiché l'art. 39, legge cit., condiziona l'efficacia del retratto unicamente al «versamento del prezzo» della vendita in favore del retrattato, non di altre spese accessorie alla vendita²³. La qual cosa è indicativa dell'esigenza di salvaguardare anche l'interesse del terzo acquirente, il quale non può soggiacere al diritto potestativo del conduttore a condizioni diverse da quelle previste dalla legge.

8. Concludendo, si può allora ritenere che l'obbligo di accollo della provvigione in capo al prelazionario, non è elemento integrante del contratto di vendita²⁴. Sebbene contenuta nella *denuntiatio*, e quando anche considerato come tale negli accordi *inter partes* tra proprietario e terzo proponente l'acquisto sotto il profilo economico, la sua indicazione non provocherà gli effetti tipici di tale fattispecie, dunque non vincolerà il

²⁰ GIOVE, *op. cit.*, 240.

²¹ Non è il caso di formulare ulteriori distinzioni in ragione del tipo di mediazione che le parti possano avere intrapreso. Ci riferiamo in particolare alla distinzione tra mediazione tipica ed atipica per la quale sia sufficiente il rinvio alla recentissima sentenza Cass., 14 luglio 2009, n. 16382, in *Guida Dir.*, 2009, 35, 20 con nota di PISELLI.

²² E infatti, secondo una condivisibile opinione il conduttore non è tenuto a corrispondere al locatore venditore, oltre al prezzo della compravendita in base alla *denuntiatio*, anche la mediazione corrisposta all'agente intermediario per l'avvenuta cessione dell'immobile locato. Così Cass., 16 febbraio 2001, n. 2326, in *Rass. Loc.*, 2001, 108. Il caso viene specialmente disciplinato in sede contrattuale nel senso che il mediatore non è tenuto a ricevere la mediazione laddove l'acquisto rispetto al terzo venga condizionato al mancato esercizio della prelazione. In un caso di prelazione agraria, v. in tale senso Trib. Reggio Emilia, 22 marzo 1979, in *Riv. Notar.*, 1979, 636; Cass., 22 febbraio 1979, n. 1092, in *Giust. Civ. Mass.*, 1979, II.

²³ Sulla larghezza della nozione di prezzo v. Cass., 7 luglio 1999, n. 7031, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 1583, nel qual caso è

stata ritenuta fondata l'opposizione al retratto formulata dal retrattato, come tale idonea a devolvere la decisione sul *quantum* da versare nei termini di legge, con riferimento alla maggiorazione rispetto al prezzo di acquisto determinato dalle spese notarili e dalle spese sostenute per lavori di ristrutturazione dell'immobile; naturalmente, si ha riguardo alle diverse condizioni di pagamento, su cui Id., 9 dicembre 1997, n. 12459, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 2354; Id., 24 giugno 1993, n. 7008, *ivi*, 1993, 1079 a cui deve essere assimilata la stipulazione in data successiva a quella fissata nella *denuntiatio*, così Id., 6 giugno 1992, n. 6999, *ivi*, 1992, VI; Trib. Roma, 2 febbraio 1990, in *Foro It.*, 1990, I, 1722.

²⁴ Ciò anche quando la mediazione venga menzionata nel contratto, preliminare o definitivo, di vendita, non valendo più quanto la Corte di appello ha affermato, ossia che questo rapporto non trova menzione negli atti di vendita, stante oggi gli obblighi di trasparenza connessi all'antiriciclaggio. Ma, anche ciò considerato, è evidente che la menzione contrattuale del rapporto di mediazione non rappresenta un vero e proprio contenuto negoziale della vendita, ma solo una dichiarazione di scienza a fini fiscali.

prelazionale in caso in cui egli manifesterà la sua adesione all'invito.

La *denuntiatio* è per quella parte inefficace, dunque il conduttore può prescindere da questa clausola ai fini della valutazione intorno alla convenienza dell'affare. A fronte di un eventuale rifiuto del proprietario alla stipula, motivato dalla mancata adesione alla clausola di accollo della provvigione, il conduttore potrà azionare il disposto dell'art. 2932 c.c.²⁵ Ma se il conduttore rinuncia ad aderire, non potrà addurre di essere stato tratto in inganno sulla convenienza dell'affare per il modo in cui il preliminare comunicato ha gestito le spese di mediazione tra le parti. Sarebbe cioè contrario a buona fede e correttezza esercitare il riscatto a motivo del modo in cui tale profilo, obiettivamente estraneo all'affare, è stato gestito tra proprietario e terzo acquirente.

MASSIMO D'AURIA

DIRITTO DI RECESSO AD NUTUM

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 18 settembre 2009, n. 20106 — VARRONE *Presidente* — URBAN *Relatore* — VIVALDI *Estensore* — DESTRO *P.M.* (diff.) — Associazione concessionari revocati e altri (avv.ti Galgano, Molfese) - Renault Italia s.p.a. (avv.ti Battaglia, Di Amato).

Cassa App. Roma, 13 gennaio 2005, n. 136.

Obbligazioni e contratti — Contratto di concessione di vendita — Esercizio del diritto di recesso ad nutum — Sindacabilità in base ai criteri di buona fede, abuso del diritto e proporzionalità — Sussistenza (C.c. artt. 1175, 1375).

La circostanza che nel contratto sia validamente inserita una clausola che accorda ad una delle parti il diritto di recesso ad nutum non impedisce al giudice di valutare che il concreto esercizio del relativo potere risulti legittimo alla stregua dei principi di buona fede e di proporzionalità. Quest'ultimo criterio consente di contemperare gli interessi contrapposti delle parti e di sindacare gli atti di esercizio dei diritti in termini di congruità del mezzo rispetto al fine. (Nel caso di specie, la Corte ha annullato con rinvio la sentenza di merito, la quale aveva ritenuto che il recesso, esercitato da una delle parti di un contratto di concessione di vendita nel quadro di un riassetto aziendale, fosse insuscettibile di ogni controllo

causale, in quanto espressamente autorizzato da una valida clausola negoziale) (1).

 V. già *Recentissime dalla Cassazione civile* a cura di CARBONE, in *Giur. It.*, 2009, 10, 2097; v. inoltre *Giur. It.*, 2010, 3, 556, con note di MONTELEONE e di SCAGLIONE.

 (1) **Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di *jus dicere* “per principi”**

SOMMARIO: 1. Sindacabilità del recesso tra buona fede e abuso del diritto. — 2. Attuale significato del divieto di abuso del diritto. — 3. Proporzionalità e contratto giusto. Recesso illegittimo e rimedi.

1. *Sindacabilità del recesso tra buona fede e abuso del diritto.*

Il postulato sottoposto dai giudici di merito al vaglio di legittimità della suprema Corte nella decisione che qui si commenta è, in sintesi, il seguente: la circostanza che il diritto di recesso *ad nutum* sia accordato alla parte da una (valida) clausola contrattuale elimina ogni dubbio circa la legittimità del suo esercizio, rispetto alla quale un eventuale sindacato si sostanzierebbe quindi in una «valutazione politica, non giurisdizionale dell'atto», citando testualmente un passo della decisione annullata, riportato nella sentenza in commento.

Una simile asserzione, la cui secca perentorietà lascerebbe perplesso anche il più convinto sostenitore della massima ottocentesca, tradizionalmente attribuita a Fouillée, per cui «*qui dit contractuel dit juste*»¹, è sistematicamente confutata nel giudizio di cassazione.

All'uopo si appronta un ricco e articolato assetto argomentativo, in un interessante esempio di quella che, parafrasando la formula di un illustre Autore, potremmo definire «giurisdizione per principi»².

Allo scopo di fissare i limiti dell'esercizio del diritto di recesso, la Corte richiama infatti anzitutto la clausola generale di buona fede (da tempo assurta a fondamento normativo per sindacare la legittimità dell'esercizio concreto di poteri attribuiti dalla legge o dal contratto, compreso quello di sciogliersi unilateralmente dal vincolo negoziale), soffermando dappoi l'attenzione su una figura giuridica tra le più nobili e controverse, qual è l'abuso del diritto³, e infine mostrandosi sensibile, nell'ulteriore riferimento al principio di proporzionalità, ai più recenti suggerimenti dottrinari sul tema della giustizia contrattuale⁴, intorno al quale, come è stato autorevolmente osservato, si concentra forse il più considerevole dibattito della civilistica contemporanea⁵.

I tre principi summenzionati, seppure tutti indubbiamente partecipi, in qualche modo, della «pena del

²⁵ Salvo il diritto del retrattato di agire in rivalsa sul venditore anche per le spese non corrisposte. V. in proposito Trib. Foggia, 2 maggio 1981, in *Repertorio Foro. It.*, 1981, voce “Locazione”, n. 289; Cass., 29 gennaio 1988, n. 837, in *Vita Notar.*, 1988, 251, entrambe riguardanti spese notarili e accessorie.

¹ FOUILLÉE, *Science sociale*, 2^a ed., 410, cit. in GHESTIN, *La formation du contrat*, in *Traité de droit civil*, 3^a ed., Paris, 1993, 29.

² V. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, Napoli, 2007, 34 (già in *Riv. dir. comm.*, 1967, I, 83 e segg.).

³ L'interesse che l'abuso del diritto continua a riscuotere nella dottrina è testimoniato dalle recenti opere monografiche sul tema: v. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Milano, 2007; MARTINES, *Teoria e prassi sull'abuso del diritto*, Padova, 2006; MESSINA, *L'abuso del diritto*, Napoli, 2004.

⁴ Su cui v. per tutti VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2000, 21 e segg.

⁵ LIPARI, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2008, 1 e segg., in part. 18-20.

giurista» nel tentativo di riscattare «l'antica miseria del diritto»⁶, non sono tuttavia completamente sovrapponibili.

L'intimo legame tra il divieto di abuso del diritto e la clausola generale di buona fede, che nei recenti orientamenti della giurisprudenza spinge i suoi effetti anche nel campo del diritto processuale⁷, è senza dubbio risalente⁸. Il principio di proporzionalità, se da una parte richiama quella relazione di congruità tra mezzi e fini in cui si suole compendiare la definizione di abuso del diritto⁹, dall'altra si segnala per la specifica valenza, assunta nelle ultime elaborazioni della dottrina, di possibile fondamento giuridico dell'esigenza di giustizia e congruità tra le prestazioni contrattuali¹⁰.

Rimandando ad un secondo momento alcune brevi riflessioni sul principio di proporzionalità, si rileva anzitutto come il diritto potestativo di recesso¹¹, conferendo ad una parte il potere di sciogliere unilateralmente un vincolo negoziale¹², rappresenti certamente uno dei terreni d'elezione per le problematiche connesse all'abuso del diritto¹³ e alla buona fede (cfr. art. 33, comma 1, lett. e) e g) c. cons.).

Si osserva anzitutto, in proposito, come un problema di sindacabilità del recesso convenzionale in chiave di compatibilità con il criterio di buona fede possa in astratto presentarsi nel duplice momento della posizione e dell'esercizio del diritto, versandosi, nel primo caso, in un'ipotesi di «abuso di libertà» contrattuale, per usare un lemma ricorrente nelle trattazioni sull'abuso del diritto¹⁴.

In relazione a questa particolare sottocategoria dell'abuso, è innegabile che, rispetto al passato¹⁵, l'attuale panorama normativo presenti maggiori spunti di riflessione: si vedano, per citare solo gli esempi più rilevanti, le disposizioni contenute negli artt. 33 e segg. c. cons.¹⁶ e gli interventi legislativi in materia di contratti asimmetrici tra soggetti imprenditoriali¹⁷ (per i quali principalmente è stata coniata la suggestiva definizione di «terzo contratto»)¹⁸, in particolare la legge n. 192/1998, il cui art. 9 sanziona con la nullità i patti che realizzano un abuso di dipendenza economica, o il D.Lgs. n. 231/2002 in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali.

⁶ Sono le parole che chiudono il saggio di RESCIGNO, *Abuso del diritto*, già in *Riv. Dir. Civ.*, 1965, I, 205 e segg., ora in ID., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, 144.

⁷ Cfr. Cass., Sez. un., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Rep. Giur. It.*, 2007, voce «Obbl. e contr.», 171; per esteso in *Foro It.*, 2008, I, 1514 e segg., con note di CALMIERI-PARDOLESI e CAPONI. In argomento, v. anche DONATI, *Buona fede, solidarietà, esercizio parziale del credito (ancora intorno a Cass., sez. un. 15 novembre 2007, n. 23726)*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, II, 347 e segg.; ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2009, 792-806.

⁸ Cfr. già NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1958, 18; CATTANEO, *Buona fede obiettiva ed abuso del diritto*, *ivi*, 1971, 613. È frequente l'opinione per cui l'introduzione dell'obbligo di buona fede nei rapporti obbligatori avrebbe privato di utilità il riferimento alla teoria dell'abuso del diritto. In proposito, v. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1997 (ristampa della 9ª ed. del 1966), 76 e segg.; più di recente, e tenuto conto del ruolo assunto dalla buona fede nel diritto vivente, v. SALVI, voce «Abuso del diritto», in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 3 e segg.; SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in ALPA-GRAZIADEI-GUARNIERI-MONATERI-SACCO, *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Sacco, Torino, 2001, 370 e segg., che riferendosi all'abuso del diritto parla di «categoria parassita» (373). Lo scetticismo verso la possibilità di costruire una figura unitaria dell'abuso del diritto all'interno dell'ordinamento italiano sembra emergere anche nelle considerazioni di PATTI, voce «Abuso del diritto», in *Digesto Priv.*, I, Torino, 1987, 4.

⁹ La costruzione dell'abuso del diritto in termini di divergenza tra mezzo e scopo ne suggerì, a suo tempo, l'accostamento alla problematica del negozio fiduciario, seppure in una prospettiva critica: v. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 106 e segg., in part. 111, nota 86.

¹⁰ Su cui v. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, 3ª ed., Napoli, 2006, 379 e segg.

¹¹ Un'attenta dottrina ha peraltro individuato, nell'ambito delle posizioni di potere tradizionalmente ricondotte all'eterogenea categoria dei diritti potestativi, una distinzione in due gruppi: il primo comprenderebbe i diritti potestativi in senso proprio, per i quali un problema di abuso non potrebbe porsi, in ragione della rigidità delle disposizioni che ne regolano l'esercizio. Il recesso apparterebbe invece alla seconda categoria, quella delle «libertà dispositive», solamente rispetto alle quali

verrebbe in rilievo un problema di illegittimità dell'esercizio in relazione all'assenza di una giusta causa (MESSINETTI, voce «Abuso del diritto», in *Enc. Dir.*, II, Milano, 1998, aggiornamenti, 19 e seg. e nota 34)

¹² Sulla natura del recesso convenzionale, quale deroga al principio di intangibilità del contratto, v. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, I, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, sub art. 1373 c.c., Milano, 1998, 319. Nell'originale ricostruzione di GABRIELLI-PADOVINI, voce «Recesso (dir. priv.)», in *Enc. Dir.*, XXXIX, Milano, 1988, 28, la clausola di recesso è definita come «patto di opzione relativo ad un accordo di mutuo dissenso». V. anche GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, Bologna-Roma, 1993, 8 e segg.; SIRENA, *I recessi unilaterali*, in *Trattato del contratto* a cura di ROPPO, III, *Effetti*, a cura di COSTANZA, 122 e segg.; DELLACASA, *Il recesso unilaterale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale* a cura di Visintini, Padova, 2009, I, 643 e segg.

¹³ Il problema si è storicamente posto riguardo al contratto di lavoro. In tale ambito, già nell'epoca in cui il diritto di recesso era regolato dal solo art. 2118 c.c., si era individuato nella giusta causa lo «strumento necessario per temperare l'esercizio assolutamente discrezionale dei cosiddetti diritti potestativi» (RESCIGNO, *op. cit.*, 86). In argomento, v. più di recente C. SCOGNAMIGLIO, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2003, 797 e segg.

¹⁴ RESCIGNO, *op. cit.*, 96 e segg.; SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, in *Dir. Priv.*, 1997, 217 e segg.

¹⁵ RESCIGNO, *op. cit.*, 109 e segg., ne ravvisa uno dei fondamenti positivi nell'art. 1355 c.c. in tema di condizione meramente potestativa, nonché nell'art. 1359 c.c. (105) e indica quale esempio altresì il rifiuto dell'obbligo a contrarre (99). V. anche BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Dir. Priv.*, 1997, 40 e segg. È riconducibile alla figura dell'abuso di libertà negoziale anche nella c.d. concessione abusiva di credito, su cui v. VISCUSI, *Profili di responsabilità della banca nella concessione del credito*, Milano, 2004; in giurisprudenza, v. Cass., 28 marzo 2006, n. 7030, in *Giur. It.*, 2006, 1191.

¹⁶ V. ASTONE, *L'abuso del diritto in materia contrattuale. Limiti e controlli all'esercizio dell'attività contrattuale*, in *Giur. di Merito*, 2007, 12 (suppl.), 8 e segg.

¹⁷ V. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2005, 663 e segg.

¹⁸ V. ora PARDOLESI, *Dalla pangea al terzo contratto?*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, Milano, 2008, 2143 e segg.

Sempre con riferimento all'abuso di libertà negoziale, rimane peraltro aperto il problema dei rimedi, cui una recente decisione della Cassazione ha tentato di fornire una soluzione fondata sulla distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, il cui valore euristico appare tuttavia messo in discussione dalle molte e significative eccezioni che la legge ammette alla *summa divisio* proposta¹⁹.

Nella decisione in commento, il giudizio di abusività è tuttavia incentrato non già sul momento di posizione della clausola di recesso, bensì sul successivo atto d'esercizio del diritto.

La considerazione in termini di contrarietà a buona fede dell'atto di recesso dal contratto non è peraltro questione nuova alla giurisprudenza²⁰: il problema si è posto, come è noto, con specifico riguardo ai contratti di apertura di credito²¹, in una serie di decisioni nelle quali si rinviene la costante affermazione per cui il recesso unilaterale, «causa estintiva ordinaria di qualsiasi rapporto di durata a tempo indeterminato, che risponde all'esigenza di evitare la perpetuità del vincolo obbligatorio», deve comunque essere esercitato «nel

rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nell'esecuzione del contratto»²².

2. Attuale significato del divieto di abuso del diritto.

L'obbligo di buona fede viene quindi ricondotto al generale divieto di abuso del diritto, di cui la decisione in commento ribadisce il pieno vigore all'interno del nostro ordinamento²³.

Nell'intento di delimitare i confini della formula, la quale vive un periodo di particolare fortuna nel diritto giurisprudenziale anche in ambiti estranei ai rapporti interprivati²⁴, se ne rifiuta la versione «debole», foggata sul divieto degli atti emulativi²⁵, alla cui stregua sarebbe necessario, perché siano integrati gli estremi dell'abuso, che l'esercizio dannoso del diritto risulti per il titolare «sans aucun profit»²⁶.

Nello statuire che il diritto di recesso *ad nutum*, pur validamente accordato alla parte di un contratto²⁷, non possa trasformarsi in un «recesso arbitrario, cioè *ad libitum*, di sicuro non consentito dall'ordinamento»²⁸, si rende invece giustizia all'attuale dimensione teorica del divieto di abuso del diritto, in forza del quale è

¹⁹ Cass., Sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26725, in *Giur. It.*, 2008, 353, con nota di COTTINO; App. Milano, Sez. I, 15 aprile 2009, n. 1094, in *Corr. del Merito*, 2009, 973. In argomento v. GNANI, *Contrarietà a buona fede ed invalidità del contratto: spunti ricostruttivi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, II, 435 e segg.

²⁰ V. ad es. Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Giur. It.*, 2004, 2064 e segg., con nota di BERGAMO, il cui principio di diritto sembra tuttavia attestarsi su quella visione ristretta, che limita l'abuso ai casi di esercizio del potere «solo allo scopo di recare danno all'altra parte».

²¹ Cass., 7 marzo 2008, n. 6186, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce «Obbl. e contr.», 1263; Id., 21 febbraio 2003, n. 2642, in *Mass. Giur. It.*, 2003; Id., 15 luglio 2000, n. 9321, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce «Contratti bancari», 92, e per esteso in *Corriere Giur.*, 2000, 1479, con nota di DI MAJO; Id., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Rep. Giur. It.*, 1997, voce ult. cit., 42 e per esteso in *Foro It.*, 1997, I, 2479. In dottrina, v. COSTANZA, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito* (nota a Cass., 21 maggio 1997, n. 4538), in *Giust. Civ.*, 1998, 509; GALLAGANO, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contratto e Impresa*, 1998, 18, e in part. 23 e segg.

²² Cass., 18 settembre 2007, n. 19351, in *Rep. Giur. It.*, 2007, voce «Obbligazioni e contratti», 1033. In dottrina, v. FRANZONI, *op. cit.*, 332.

²³ Mai esplicitato, nel nostro ordinamento, in una norma positiva, il divieto di abuso del diritto trova testuale riconoscimento, seppure in una accezione peculiare (criticata da PANNARALE, *Giustiziabilità dei diritti: per un catalogo dei diritti umani*, Milano, 2002, 81), nell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (chiaramente modellato sull'art. 17 Cedu), il contenuto della quale è oggi richiamato dall'art. 6, comma 1, Trattato UE, come modificato dal Trattato di Lisbona, ratificato con L. 2 agosto 2008, n. 130. In generale, v. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003. Se da un lato si approva la scelta del nostro legislatore di non codificare un principio a carattere così generale (Salv. ROMANO, voce «Abuso del diritto», c), *Diritto attuale*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 166), si constata d'altro canto come la mancata positivizzazione del divieto di abuso non significativamente inciso sul relativo dibattito in sede giurisprudenziale e dottrinale: SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 317.

²⁴ In particolare, è sempre più ricorrente nelle massime il ricorso al concetto di abuso del diritto per indicare l'elusione di norme fiscali attuata mediante l'esercizio di diritti e libertà di per sé lecite. V. Cass., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Boll. Trib.*, 2009, 484; Id., 8 aprile 2009, n. 8481, in *Riv. Dir.*

Trib., 2009, 650. Per una critica all'utilizzo giurisprudenziale del divieto di abuso del diritto in tale contesto, v. GENTILI, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2009, I, 403 e segg., e spec. 418 e segg., secondo cui l'astratta legittimità dell'atto posto in essere per aggirare la norma tributaria (che giustificerebbe il ricorso alla figura dell'abuso del diritto) sarebbe da escludersi, dovendosi piuttosto ricondurre il fenomeno in questione nel quadro di una vicenda simulatoria.

²⁵ Per lungo tempo il problema dell'abuso del diritto è stato affrontato pressoché esclusivamente in relazione agli atti emulativi, come testimonia il dottissimo saggio di ROTONDI, *L'abuso del diritto*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1923, 105 e segg., 209 e segg., 417 e segg. V. anche, più di recente, ATIENZA-RUIZ MANERO, *Illeciti atipici*, Bologna, 2004 (ed. it. a cura di TARUFFO dell'originale *Illicitos atípicos*, Madrid, 2000). Sul legame originario tra diritto soggettivo e situazioni di appartenenza cfr. GRAZIADEI, *Diritto soggettivo, potere, interesse*, in ALPA-GRAZIADEI-GUARNIERI-MONATERI-SACCO, *op. cit.*, 3 e segg.). In giurisprudenza, v. la famosa Cass., 15 novembre 1960, n. 3040, in *Foro It.*, 1961, I, 256, con nota di A. SCIALOJA, *Il non uso è abuso del diritto soggettivo?*. Ben maggiore ampiezza assume tuttavia la teoria dell'abuso già nel pensiero di uno dei suoi padri: cfr. JOSSE-RAND, *De l'esprit des droits et de leur relativité. Théorie dite de l'abus des droits*, 2^a ed., Paris, 1939.

²⁶ Cour de cassation, 3 agosto 1915, n. 2378, Clément-Bayard (consultabile in www.legifrance.gouv.fr), considerato l'*arrêt fondateur* della giurisprudenza francese sull'abuso del diritto. La medesima impostazione si ritrova nella formulazione del generale *Schikaneverbot* di cui al par. 226 BGB, nonché (ma con portata limitata all'esercizio del diritto di proprietà) nel nostro art. 833 c.c. Un ampio panorama sul tema dell'abuso del diritto in chiave storico-comparatistica, ricco di riferimenti alla giurisprudenza e alle dottrine francese, tedesca e inglese, è tracciato da MONATERI, *Abuso del diritto e simmetria della proprietà (un saggio di comparative Law and Economics)*, in *Dir. Priv.*, 1997, 89 e segg.; per un quadro di sintesi, v. PATTI, voce «Abuso del diritto», cit. 2 e seg.

²⁷ Il giudizio di abusività dell'atto di recesso non è naturalmente precluso sebbene la validità della relativa clausola derivi dal rispetto dei termini previsti da una norma di legge, come è quella dettata, per i rapporti di concessione di vendita automobilistica, dal Reg. CE 28 giugno 1995, n. 1475: Trib. Roma, 5 novembre 2003 (ord.), in *Foro It.*, 2003, I, 3440, con nota di COLANGELO.

²⁸ Cfr. BIANCA, *Diritto civile*, III, Roma, 2000, 740 e segg.

negata l'esistenza di diritti «discrezionali»²⁹, ammettendosi di conseguenza, per ogni atto di esercizio di poteri o facoltà astrattamente attribuiti ad un soggetto dall'ordinamento, un giudizio di congruità rispetto allo scopo dell'attribuzione stessa³⁰.

Considerata nel quadro storico in cui essa germogliò³¹, la teoria dell'abuso del diritto, chiaro esempio di vittoria dell'interpretazione sull'esegesi, si presenta come strumento di contrasto ai furori individualistici e alla «legolatria»³², cui nel periodo successivo alle codificazioni moderne³³ si affidava la certezza del diritto³⁴.

Ma se è vero che, in tale contesto, il concetto dell'abuso del diritto si limitava a «giustificare divieti per stilizzare libertà»³⁵, bisogna d'altro canto considerare che da tempo la stessa figura è stata ripensata in ragione del mutamento di significato del suo termine di riferimento, l'attribuzione dei diritti non essendo più incentrata solo sulle prerogative e sulle libertà individuali, bensì anche in funzione di più ampie esigenze di tutela³⁶, imposte soprattutto dalla progressiva valorizzazione del principio di solidarietà. In altre parole, nel passaggio dall'assetto liberale-borghese a quello democratico-pluralista, ad essere cambiata non è tanto la concezione dell'abuso, ma di quella «forma costante dell'esperienza giuridica»³⁷ che è il diritto soggettivo.

Si è allora assistito, sul piano specifico dei rapporti negoziali, se non alla funzionalizzazione, quantomeno alla permeabilità dell'autonomia privata alle istanze

eteronome provenienti dalla concezione dominante delle relazioni economiche e dei rapporti di mercato³⁸, la quale, riproponendo la perenne questione del rapporto tra libertà individuale e ordinamento generale della comunità³⁹, si serve, plasmandole, di categorie giuridiche note, e ne partorisce di nuove⁴⁰.

Il dialogo tra la singola operazione economica e il più ampio contesto del mercato in cui questa si colloca appare tanto più opportuno nei contratti stipulati tra soggetti imprenditoriali.

In questo campo, peraltro, lo sforzo di ricondurre a coerenza regole e principi⁴¹ assume, quale ulteriore punto di riferimento da affiancare (e non sostituire) al canone solidaristico⁴², le esigenze di un mercato concorrenziale, che trovano oggi esplicito riconoscimento a livello costituzionale sia nel richiamo all'art 41 Cost. contenuto nell'art. 1 della legge n. 287/1990, sia nella specifica menzione della tutela della concorrenza nel novellato art. 117, comma 2, lett. e), Cost.⁴³

Presupposto ineliminabile di un'economia di mercato, la libertà negoziale, nei caratteri peculiari che essa assume nell'ambito dei rapporti commerciali⁴⁴, può del resto ben porsi in contrasto con il bene-concorrenza⁴⁵, anche a presidio del quale è dettata una disposizione come quella che reprime l'abuso di dipendenza economica⁴⁶, di cui all'art. 9, legge n. 192/1998.

In relazione al caso in esame, questa norma⁴⁷ presenta aspetti di rilevante interesse, nella parte in cui prevede, quale modalità di realizzazione dell'abuso,

²⁹ Su cui v. BRECCIA, *op. cit.*, 72 e segg.

³⁰ V. in proposito le critiche di chi ha ricostruito l'abuso come atto corrispondente in astratto all'esercizio di un diritto, con l'aggiunta di un «elemento dequalificante» idoneo a connotare il primo in termini di illiceità. Secondo questa autorevole dottrina, l'individuazione di tale elemento nella deviazione dell'atto dallo scopo esaurirebbe il problema dell'abuso in una questione ermeneutica (SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 349 e segg.).

³¹ V. JOSSEMAND, *op. cit.*, 5, in cui, partendo da una visione secondo cui il concetto di abuso del diritto affonda le radici già nel diritto romano antico, si sostiene che l'esasperato individualismo, che alimentò le idee della Rivoluzione, abbia in realtà solo frenato il naturale sviluppo di un principio immanente ad ogni società civile.

³² Cfr. GROSSI, *L'Europa del diritto*, 4^a ed., Roma-Bari, 2009, 140 e segg., in part. 153.

³³ Sulla sopravvivenza, attraverso le decisioni giudiziali e le interpretazioni teoriche, dei principi generali al legalismo formale ispirato dalle codificazioni, v. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, 3^a ed., Roma-Bari, 2009, 35; ID., *I principi generali*, 2^a ed., nel *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Iudica, Zatti, Milano, 2006, 105 e segg., in part. 113, dove tra i principi generali si annovera quello del divieto di abuso del diritto.

³⁴ Sul legame tra la dottrina dell'abuso del diritto e sistemi di *civil-law*, v. le considerazioni di GAMBARO, voce «Abuso del diritto — Diritto comparato e straniero», in *Enc. Giur. Treccani*, I, Roma, 1988.

³⁵ MESSINETTI, voce «Abuso del diritto», cit., 1.

³⁶ MESSINETTI, voce «Abuso del diritto», cit., 6 e segg. In tema v. anche MACARIO, *Autonomia privata*, in NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008, 119 e segg., in part. 138 e segg. Il collegamento tra abuso e funzione del diritto era già stato sottolineato da Salv. ROMANO, voce «Abuso del diritto», cit., 170, su cui v. SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, cit., 351. V. inoltre SACCO, *L'abuso della libertà contrattuale*, cit., 232; LEVI, *L'abuso del diritto*, Milano, 1993, 37.

³⁷ FROSINI, *Diritto soggettivo*, in *Nss. D. I*, V, 1960, 1049,

come citato da PUGLIATTI, voce «Esercizio del diritto», in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 623.

³⁸ Cfr. ZOPPINI, *Autonomia contrattuale, regolazione del mercato, diritto della concorrenza*, in *Diritto Civile* a cura di Lipari, Rescigno, III, II, Milano, 2009, 53, in part. 65 e segg.

³⁹ Cfr. RESCIGNO, *I contratti in generale*, in *Diritto Civile* a cura di Lipari e Rescigno, cit., III, II, 14.

⁴⁰ Cfr. RODOTÀ, *op. cit.*, 48. Il principio del divieto di abuso è quindi influenzato dal mutamento di contenuto del diritto soggettivo, categoria cui esso si riferisce: è infatti evidente che, pur essendo categorie e principi generali due concetti da tenere ben distinti (cfr. LIPARI, *Prolegomeni ad uno studio delle categorie del diritto civile*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2009, I, 526 e segg.; RESCIGNO, *Le categorie civilistiche*, in *Diritto Civile* a cura di Lipari, Rescigno, I, I, cit., 193), le vicende delle prime si ripercuotono sui secondi.

⁴¹ V. ATIENZA-RUIZ MANERO, *Ancora sugli illeciti atipici. Replica alle critiche italiane*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2009, 209 (più ampiamente, v. ID., *Gli illeciti atipici*, cit., *passim*).

⁴² V. LIPARI, *Diritto e mercato della concorrenza*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2000, I, 327, ora in ID., *Diritto e valori sociali*, Roma, 2004, 113 e segg., in part. 127; nonché, più ampiamente, ID., *Mercato e solidarietà*, *ivi*, 135 e segg.

⁴³ Sul punto v. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Roma, 2006, 35 e segg.

⁴⁴ Cfr. IRTI, *Teoria generale del diritto e problema del mercato*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, 1 e segg., ora in ID., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003, 57 e segg., *passim* e in part. 86 e segg.

⁴⁵ LIBERTINI, *Autonomia privata e concorrenza nel diritto italiano*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2002, I, 433 e segg. La teoria dell'abuso del diritto, in relazione alle problematiche legate al diritto della concorrenza, è al centro del lavoro di DI VIA, *Antitrust e diritti sociali*, Napoli, 2004.

⁴⁶ V. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale*, cit., 678.

⁴⁷ Di cui sembra ormai prevalere, in seno alla giurisprudenza di merito, l'opzione interpretativa già accolta dalla dottrina maggioritaria, che ne estende l'efficacia a tutti i rapporti inte-

l'ipotesi dell'interruzione arbitraria dei rapporti commerciali da parte dell'impresa dominante a danno di quella in posizione di dipendenza⁴⁸.

È pertanto plausibile ritenere che l'interprete, di fronte a questioni come quella oggetto della decisione in commento, possa giovare delle linee guida tracciate dall'esperienza teorica e applicativa di questo istituto⁴⁹, al fine di concretizzare, con specifico riguardo agli atti che, come il recesso, determinano una interruzione dei rapporti commerciali, gli «usage honnêtes en matière industrielle ou commerciale»⁵⁰.

3. Proporzionalità e contratto giusto. Recesso illegittimo e rimedi.

A chiusura di un ragionamento tutto incentrato sull'appello a clausole e principi generali, l'attenzione della suprema Corte si ferma sull'ulteriore criterio di proporzionalità.

È questo un concetto di emersione relativamente recente nelle elaborazioni dottrinali in tema di diritto contrattuale, e che la sentenza in commento traghetta, a quanto ci consta per la prima volta in modo esplicito⁵¹, dalla giurisprudenza teorica a quella pratica. Nell'accezione che ne è stata proposta, il principio di proporzionalità, i cui riferimenti normativi sono individuati dalla dottrina in una serie di disposizioni costituzionali (artt. 36, 38, 53, 97), codicistiche (artt. 763, 1382, 1447, 1815, 2872 e segg.) e di legge speciale⁵², «è destinato ad incidere profondamente sulla moderna concezione del contratto che, in tal modo, si allontana definitivamente dalla tradizionale interpretazione volontaristica del principio *pacta sunt servanda*»⁵³.

Il divario rispetto all'impostazione, cui in apertura di queste riflessioni si faceva riferimento, è a questo punto macroscopico: dalla presunta intangibilità del regolamento pattizio, frutto di un malinteso ossequio ai principi di libera iniziativa economica, si passa ad una concezione che, attraverso il ricorso al criterio equitativo della proporzionalità, sembra compiere un passo significativo in direzione dell'accoglimento, anche a livello giurisprudenziale, dell'idea di «contratto giusto»⁵⁴.

L'invocazione, da parte della Corte, del principio di proporzionalità come modulo normativo di bilanciamento tra gli interessi dedotti in contratto (nel caso di specie assunti nel momento dinamico dello svolgimento del rapporto) appare inoltre l'ideale completamento delle precedenti argomentazioni imperniate sul divieto di abuso del diritto, almeno se si assume quella particolare ottica che, abbandonata l'impostazione «teleologica» (secondo cui è abusivo l'esercizio non conforme allo scopo del diritto), concepisce quest'ultimo concetto in una dimensione «relazionale», implicante una comparazione tra posizioni giuridiche in conflitto, in astratto ugualmente meritevoli di tutela⁵⁵.

Assunto nella peculiare valenza di congegno giuridico al servizio del riequilibrio contrattuale, il criterio di proporzionalità sembra dunque assecondare il tentativo di recuperare il valore precettivo del principio di equità, quale strumento privilegiato per la concretizzazione delle «direttive di giudizio» offerte dalle norme costituzionali⁵⁶, mercé il superamento, di recente autorevolmente auspicato⁵⁷, del ruolo residuale cui l'interpretazione letterale dell'art. 1374 c.c. confonderebbe la c.d. equità integrativa⁵⁸.

rimprenditoriali: cfr. Trib. Roma, 5 febbraio 2008, in *Foro It.*, 2008, I, 2326; Id. Trieste, 20 settembre 2006, in *Giur. It.*, 2007, 1727; Id. Isernia, 12 aprile 2006, in *Giur. di Merito*, 2006, 2149, con nota di DELLI PRISCOLI; nell'opposto senso di un'applicazione limitata ai soli rapporti di subfornitura, v. Id. Torino, 8 novembre 2006, in *De Jure*.

⁴⁸ V. in argomento Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007, in *Giur. di Merito*, 2007, 2900.

⁴⁹ Sebbene il riferimento all'«interruzione delle relazioni commerciali» di cui all'art. 9, legge n. 192/1998 vada considerato «nella sua accezione economica come sinonimo di rapporto d'affari (c.n.t.)», esso comprende certamente l'ipotesi del recesso contrattuale: così FABBIO, *op. cit.*, 389. Nello stesso senso, BARBA, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive* a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, 348 e segg.; VILLELLA, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Napoli, 2008, 166; con dei distinguo, R. NATOLI, *L'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2004, 141; in una diversa ottica, MUSSO, *La subfornitura*, in *Comm. C.C. Scialoja-Branca* a cura di Galgano, Bologna-Roma, 2003, 527. Sull'applicazione dell'art. 9, legge n. 192/1998 al contratto di concessione di vendita, v. SALAMONE, *I contratti della distribuzione*, in *Diritto Civile* a cura di Lipari, Rescigno, III, cit., 673 e segg. e bibliografia ivi citata.

⁵⁰ Su cui v. ANGELICI, *Diritto commerciale*, I, 5^a ed., Roma-Bari, 2009, 120 e segg.

⁵¹ Ma si veda l'ormai consolidata giurisprudenza della Cassazione in tema di riduzione della penale eccessiva: Cass., 28 marzo 2008, n. 8071; Id., 10 gennaio 2008, n. 246; Id., 9 maggio 2007, n. 10626, tutte in *I contratti*, 2008, 765 e segg., con nota di BATTELLI; Id., Sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Corriere Giur.*, 2005, 1534 e segg., con nota di DI MAJO, *La riduzione della penale ex officio*; Id., 23 maggio 2003, n. 8188, in *Nuova Giur. Comm.*, 2004, I, 553 e segg. (su cui v. i puntuali rilievi critici di T. VALLEBONA, *Buona fede e riduzione d'ufficio della penale*, in *Riv. critica dir. privato*, 2004, 465 e segg.); Id., 24

settembre 1999, n. 10511, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2929, in cui il potere officioso del giudice di ridurre la penale eccessiva ai sensi dell'art. 1384 c.c. è ricollegato alla «funzione oggettiva di controllo dell'autonomia privata» attribuita dall'ordinamento a tutela di un interesse generale.

⁵² Sul ruolo del principio di proporzionalità nel diritto pubblico comunitario, v. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nel diritto internazionale*, Milano, 2000, 6 e segg.

⁵³ P. PERLINGIERI, *op. cit.*, 380; v. anche ID., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, 334 e segg.; CASUCCI, *Il sistema «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

⁵⁴ Su cui v. peraltro l'autorevole posizione critica di A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, 629 e segg., in cui, negata rilevanza giuridica generale (con l'importante eccezione del contratto di lavoro) all'oggettivo equilibrio nei contratti sinallagmatici, l'attenzione si concentra sul momento delle trattative e sulle norme volte a garantirne l'effettività.

⁵⁵ Cfr. BUSNELLI-NAVARETTA, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in *Dir. Priv.*, 1997, 187. La contrapposizione tra la ricostruzione teleologica e quella relazionale appare tuttavia ridimensionabile, considerando che sia il giudizio di meritevolezza imposto dalla prima che quello di bilanciamento cui fa appello la seconda si fondano sugli stessi parametri, rappresentati prima di tutto dai principi costituzionali.

⁵⁶ GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, 361 e segg.

⁵⁷ LIPARI, *Per una revisione della disciplina sull'interpretazione e sull'integrazione del contratto?*, in *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2006, 733 e segg., in un'ottica che tiene conto delle indicazioni provenienti dalla legislazione di matrice comunitaria.

⁵⁸ Su cui v. MENGONI, *Spunti per una teoria generale delle clausole generali*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, 13.

Passando infine, e sempre brevemente, ad esaminare il caso di specie nell'ulteriore prospettiva dei rimedi azionabili in caso di accertata abusività dell'atto di scioglimento del contratto, ci si deve chiedere se, all'illegittimità della *rupture brutale*, possa in qualche modo riconnettersi una tutela di tipo "reale", in cui alla dichiarazione di inefficacia dell'atto di recesso segua una restaurazione *ope judicis* del rapporto contrattuale. Nel campo di contratti che, come quello di concessione di vendita, realizzano una integrazione verticale tra imprese, si tratterebbe, in sostanza, di ritenere operante sul piano del rapporto, e non solo su quello della formazione del contratto, la c.d. *recovery-period rule*, che determinerebbe l'inefficacia del recesso esercitato prima che l'altro contraente abbia recuperato gli investimenti effettuati⁵⁹.

Una simile opzione, che sarebbe comunque utilmente realizzabile solo nel quadro di giudizi di natura cautelare, suscita in realtà forti dubbi sul piano teorico⁶⁰. È infatti preferibile ritenere, in un accettabile punto di equilibrio tra l'esigenza di sanzionare gli abusi e quella di preservare l'autodeterminazione negoziale delle parti del contratto, che la protezione offerta contro il recesso abusivo si esaurisca, di regola, nel diritto al risarcimento dei danni eventualmente subiti dall'altro contraente, fermo restando lo scioglimento del vincolo⁶¹.

Quanto detto pare confermato dalla decisione in commento, la quale, tuttavia, nell'individuare nel risarcimento dei danni la conseguenza dell'eventuale illegittimità del recesso, è stata evidentemente veicolata dal *petitum*, che a tale pretesa si limitava⁶².

FRANCESCO SALERNO

ATTIVITÀ STRAGIUDIZIALE E TARIFFE FORENSI

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONI UNITE, 24 luglio 2009, n. 17357 — CARBONE *Presidente* — FELICETTI *Relatore* — IANNELLI P.M. (diff.) — A.B.D.P. (avv. Malavenda) - Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Milano (avv. Pafundi, Antonini)

Conferma dec. n. 236/2008 del Consiglio nazionale forense.

Avvocato e procuratore — Tariffe — Giudiziale — Stragiudiziale — Cumulabilità — Condizioni (C.c. artt. 2230; D.M. 8 aprile 2004, n. 127, artt. 2, 5).

L'avvocato può pretendere, ai sensi della tariffa, il compenso per prestazioni stragiudiziali a condizione che queste non siano connesse e complementari a quelle giudiziali (1).

⁵⁹ La regola è positivizzata nell'art. 3, comma 3 della legge n. 129/2004 in tema di *franchising*. Cfr. PARDOLESI, voce "Contratti di distribuzione", in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 2006, aggiornamento, 2; FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004, 82.

⁶⁰ Trib. Roma, 5 novembre 2003, cit. (su cui v. FABBIO, *Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 2004, II, 9 e segg.); Id., 5 novembre 2007, n. 1364, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "Obbl. e contr.", 1271.

⁶¹ In questo senso, SIRENA, *op. cit.*, 133; cfr. GALGANO, *Trat-*

 *Omissis*. — 4. Con il quarto motivo si denuncia, sempre in relazione allo stesso esposto, la violazione dell'art. 2 della tariffa stragiudiziale, per avere la decisione impugnata ritenuto che l'unico correttivo previsto per il caso in cui vi sia un'evidente sproporzione fra l'attività compiuta e l'onorario previsto, sarebbe la maggiorazione fino al quadruplo dell'onorario massimo previsto dalla tariffa giudiziale, senza tenere conto del disposto dell'art. 2 della su detta tariffa stragiudiziale, che prevede la possibilità di cumulo fra compensi dalla tariffa giudiziale e quella per prestazioni extragiudiziali. In proposito si formula il seguente quesito: Dica la Corte se, a fronte di un'evidente sproporzione fra l'attività compiuta dal legale e l'onorario previsto, l'unico rimedio introdotto dalle tariffe forensi sia la duplicazione o la quadruplicazione dell'onorario previsto dalla tariffa giudiziale o se, invece, possa trovare applicazione anche l'art. 2 della tariffa stragiudiziale, nella misura in cui sancisce che i rimborsi e i compensi previsti per le prestazioni stragiudiziali sono dovuti dal cliente anche se il professionista abbia prestato nella pratica la sua opera in giudizio, sempre che tali prestazioni non trovino adeguato compenso nella tariffa per le prestazioni giudiziali, con conseguente irrilevanza della condotta contestata e riduzione della sanzione inflitta.

Il motivo è infondato.

L'art. 2 della tariffa stragiudiziale forense vigente, con norma risalente e reiterata nelle tariffe succedutesi, statuisce all'art. 2 che "i rimborsi e i compensi previsti per le prestazioni stragiudiziali sono dovuti dal cliente anche se il professionista abbia prestato nella pratica la sua opera in giudizio, sempre che tali prestazioni non trovino adeguato compenso nella tariffa per le prestazioni giudiziali". Tale norma è stata costantemente interpretata da questa Corte (Cass. 23 luglio 1979, n. 4411; 23 maggio 1992, n. 6214; 12 giugno 2007, n. 14770; 29 maggio 2008, n. 14443) nel senso che, perché il professionista che stia prestando assistenza giudiziale al cliente possa avere diritto ad un separato e distinto compenso per prestazioni stragiudiziali nei confronti di tale cliente, è necessario che tali prestazioni non siano connesse e complementari con quelle giudiziali. In tal caso infatti, il compenso che gli compete è unicamente quello per l'assistenza giudiziale, con le maggiorazioni previste dall'art. 5 della tariffa per le prestazioni giudiziali, commi 2 e 3 i quali prevedono — rendendo così il compenso adeguato alle prestazioni svolte — maggiorazioni sino al quadruplo, in relazione alle questioni giuridiche trattate ed all'importanza della causa, tenuto conto dei risultati del giudizio, anche non patrimoniali e dell'urgenza richiesta. Nel caso di specie la decisione del CNF ha ritenuto, con giudizio di fatto non censurato con il motivo in esame, che "tutte le attività svolte dall'avv. B.D.P. vadano ricondotte all'unico mandato ricevuto dalla cliente, cioè quello di assisterla nella separazione dal marito" e fossero con questo connesse. Ne deriva l'infondatezza del motivo. — *Omissis*.

(1) Attività stragiudiziali e tariffe forensi

La Cassazione analizza il contenuto delle tariffe forensi¹. Secondo le Sezioni unite il professionista che abbia prestato assistenza giudiziale al cliente potrebbe aver diritto ad un separato e distinto compenso per

tato di diritto civile, II, Padova, 2009, 572, il quale tuttavia individua negli artt. 1358 e 1359 c.c. degli eccezionali esempi di tutela in forma specifica contro le violazioni della buona fede esecutiva. In giurisprudenza v. Cass., 16 ottobre 2003, n. 15482, cit. Su recesso e responsabilità v. anche DELLACASA, *op. cit.*, 675 e segg.

⁶² Sui criteri di determinazione del *quantum*, valgono le indicazioni generali fornite da FRANZONI, *op. cit.*, 336.

¹ Cfr., *ex multis*, Cass., 11 giugno 2004, n. 11150, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2005, 528, secondo cui « In tema di onorari di avvocato il disposto dell'art. 151 disp. att. c.p.c., secondo com-

prestazioni stragiudiziali solo qualora abbia esplicato un'ulteriore e diversa attività. Tale attività non potrebbe pertanto essere connessa e complementare alla prima, altrimenti la retribuzione dovuta sarebbe unicamente quella per l'assistenza giudiziale, ancorché maggiorata ex artt. 5, commi 2 e 3, della tariffa per le prestazioni giudiziali (D.M. 8 aprile 2004, n. 127).

In una prospettiva di approfondimento, sono opportuni alcuni riferimenti essenziali riguardo agli istituti maggiormente rilevanti. Le vigenti tariffe forensi, in vigore dal 2 giugno 2004 (D.M. 8 aprile 2004, n. 127), sono sopravvenute a circa dieci anni dal precedente decreto (del 5 maggio 1994), adeguando — in via generale — i compensi dell'attività legale al tasso d'inflazione relativo al periodo considerato. Il sistema tariffario comprende tre categorie di compensi, vale a dire gli onorari, i diritti e le indennità per prestazioni giudiziali in materia civile e amministrativa, gli onorari per prestazioni giudiziali in materia penale e gli onorari per prestazioni stragiudiziali. La tariffa — ex art. 2233 c.c. — rappresenta la fonte sussidiaria e suppletiva cui il professionista può ricorrere qualora il compenso non sia stato altrimenti convenuto fra le parti².

L'art. 5, D.M. 8 aprile 2004, n. 127, specifica i criteri generali cui attenersi per la liquidazione degli onorari a carico del soccombente. Secondo siffatta norma si deve — a tal proposito — aver riguardo alla natura e al valore della controversia, all'importanza e al numero delle questioni giuridiche trattate nonché al grado dell'autorità adita. Occorre inoltre prestare speciale attenzione all'attività svolta dall'avvocato davanti al giudice. Il comma 2 di tale articolo prevede poi una possibilità di ampliamento della misura della liquidazione (fino al doppio dei massimi stabiliti) nelle cause di particolare importanza per le questioni giuridiche trattate. Il comma 3 contempla altresì un'ipotesi di ulteriore incremento del compenso dovuto (fino al quadruplo dei

massimi stabiliti) in presenza di particolari circostanze (l'urgenza richiesta per il compimento di singole attività, i risultati del giudizio e i vantaggi — anche non patrimoniali — conseguiti) previo parere del Consiglio dell'Ordine. L'art. 2, capitolo III, D.M. n. 127/2004, stabilisce inoltre che gli onorari previsti per le prestazioni stragiudiziali sono dovuti dal cliente qualora tali prestazioni non trovino adeguato compenso nella tariffa per le prestazioni giudiziali.

La suprema Corte ha asserito che l'applicazione della tariffa stragiudiziale, nei confronti di un cliente assistito in sede giudiziale, postulerebbe l'esplicazione — da parte dell'avvocato — di ulteriori prestazioni non connesse a quelle giudiziali. In ipotesi di attività stragiudiziali poste in essere in occasione di assistenza giudiziale, invece, spetterebbe al professionista soltanto il compenso relativo alle prestazioni giudiziali; tuttavia la misura di tale compenso dovrebbe essere incrementata in virtù della sopra citata disciplina. Tale condivisibile pronuncia offre lo spunto per ulteriori rilievi critici.

Ove infatti si ammetta — argomentando *a contrario* rispetto alla Cassazione — la cumulabilità delle tariffe pur in assenza dell'esplicazione di una diversa attività, si evidenzerebbe una pluralità di problematiche.

Anzitutto siffatta cumulabilità potrebbe agevolmente sottendere operazioni pregiudizievoli nei confronti del cliente. In concreto si pensi all'avvocato che richieda compensi di cospicuo importo — per voci non previste dalla tariffa giudiziale — inserendo nelle proprie notule la richiesta di onorari stragiudiziali. In tal modo l'avvocato potrebbe ottenere un ingente corrispettivo eludendo anche la necessità del parere del Consiglio dell'Ordine, richiesto — come evidenziato — in ipotesi di compenso per attività giudiziale di valore fino al quadruplo dei massimi stabiliti. Una simile condotta parrebbe altresì censurabile anche in riferimento all'art. 43, comma 3, del codice deontologico forense, che pre-

ma, che prevede la riduzione delle competenze e degli onorari in considerazione dell'unitaria trattazione delle controversie riunite, disciplina l'ipotesi in cui per effetto della riunione la rappresentanza, assistenza e difesa di ciascuna parte vittoriosa risultino comunque attribuita a distinti e separati procuratori e difensori; detta norma non incide quindi sull'operatività della disposizione contenuta nell'art. 5, comma 4, delle tariffe professionali forensi approvate con D.M. 31 ottobre 1985, che, per la liquidazione degli onorari nella diversa ipotesi della rappresentanza e difesa collettiva da parte di un unico procuratore e difensore, prevede un'unica parcella aumentabile, per ogni parte (fino al massimo di sei) del 20 per cento»; Trib. Torre Annunziata, 8 aprile 2003, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, 6, 8; Cass., 23 gennaio 2002, n. 738, in *Giust. Civ.*, 2002, I, 1147; Trib. Monza, 30 novembre 1999, in *Giurisprudenza milanese*, 2000, 172; Cass., Sez. un., 26 febbraio 1999, n. 103, in *Rass. Forense*, 2000, 397, per cui «il principio, enunciato in una decisione in materia disciplinare dal Consiglio nazionale forense, secondo cui viola la deontologia professionale l'instaurazione da parte di un avvocato di una prassi consistente nella richiesta indiscriminata ad ogni cliente di emolumenti stabiliti in misura corrispondente a quella massima prevista dalle tariffe forensi o di compensi diversi e maggiori di quelli tariffariamente previsti — in quanto si pone in contrasto con un principio consuetudinario recepito nel codice deontologico forense approvato il 17 aprile 1997, per il quale di massima l'avvocato non deve chiedere compensi sproporzionati all'attività in concreto svolta e il cliente, a sua volta, ha diritto di pagare compensi ragguagliati alla quantità e qualità delle prestazioni di fatto ricevute —, non è in contraddizione

con il principio più generico circa l'ammissibilità e la validità di convenzioni aventi ad oggetto i compensi dovuti dai clienti agli avvocati, anche con previsione di misure eccedenti quelle previste dalle tariffe forensi; ne consegue l'inidoneità, in relazione ad una decisione in tal senso motivata, del motivo di ricorso per cassazione basato sul richiamo di quest'ultimo principio. (Nella specie, l'avvocato sottoposto a procedimento disciplinare faceva sottoscrivere ai clienti clausole, contenute nei mandati a margine degli atti processuali, prevedenti l'obbligo di pagamento delle competenze professionali nel massimo di tariffa, nonché l'equiparazione ai fini del compenso delle conferenze telefoniche alle conferenze di trattazione)».

² In argomento IANNONE, *Le tariffe forensi e il diritto comunitario della concorrenza*, in *Rass. Forense*, 2009, 1, 79 e segg.; CARRIERO, *Costo dei servizi legali e giustizia civile*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 212 e segg.; AMADIO, *Tariffe & avvocati*, in *Iustitia*, 2007, 445 e segg.; ALPA, *Le tariffe forensi*, in *Economia e diritto del terziario*, 2006, 3, 759 e segg.; BRUNO, *Le nuove tariffe forensi*, in *Cass. Pen.*, 2004, 42 e segg.; BALZARETTI, *Le nuove tariffe forensi nella radicata crisi economica del dopo euro*, in *Lav. e Prev. Oggi*, 2004, 988 e segg.; SCARSELLI, *Le tariffe forensi (punti fermi e prospettive)*, in *Foro It.*, 2003, 3010 e segg.; PANUCCIO, *A proposito di tariffe forensi e della natura degli ordini e del Consiglio nazionale forense nelle recenti decisioni della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rass. Forense*, 2002, 517 e segg.; SGROMO, *Le tariffe nell'ordinamento professionale e nelle prospettive di riforma*, *ivi*, 2000, 535; DONELLA, *Tariffe e concorrenza*, in *Previdenza forense*, 2000, 3, 20 e segg.

clude all'avvocato la possibilità di richiedere compensi manifestamente sproporzionati all'attività svolta.

Occorre peraltro rilevare che l'avvocato è vincolato nei confronti del cliente da un contratto di prestazione d'opera intellettuale *ex art.* 2230 c.c.

Orbene il comportamento in esame sembrerebbe contrastare anche con quell'obbligo di esecuzione secondo buona fede che — ai sensi dell'art. 1375 c.c. — grava su entrambi i contraenti.

È dunque opportuno sottolineare come nell'attività forense — per la sua delicatezza e intrinseca connessione ad esigenze d'interesse primario del singolo e della collettività come il funzionamento della giustizia — emergano con maggior nitore obblighi d'indipendenza e lealtà nei confronti del cliente³.

Pertanto, qualora il professionista abbia svolto — in occasione di una prestazione giudiziale — una rilevante attività stragiudiziale, potrebbe comunque essere adeguatamente remunerato attraverso i correttivi previsti all'art. 5, commi 2 e 3, D.M. n. 127/2004.

Di conseguenza perché l'esercente la professione forense possa avere diritto ad un ulteriore compenso per prestazioni stragiudiziali sembrerebbe opportuno che queste non siano connesse a quelle giudiziali.

Del resto — come asserito da Carnelutti⁴ — occorre chiedersi cosa vogliamo che l'avvocato sia: un professionista coesistente alla giurisdizione, che presenti tutte le caratteristiche umane, morali e deontologiche per adempiere al meglio al suo ministero; oppure un mercenario, unicamente volto a trarre profitto, che si comporti con i suoi clienti come un qualunque altro commerciante, utilizzando per massimizzare il lucro tutti gli strumenti di cui dispone.

GIORGIO RISPOLI

MEDIAZIONE IMMOBILIARE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 14 luglio 2009, n. 16382 — PETTI *Presidente* — MUSSO *Relatore* —

³ Cfr. LENER, *Modelli di comportamento professionale e organizzazione degli studi nel contesto europeo*, in AA.VV., *L'avvocato e il processo*, Milano, 2003, 647 e segg.

⁴ Sul punto CARNELUTTI, voce "Avvocato", in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, IV, 645; in argomento, recentemente, cfr. PUNZI, *Il ministero dell'avvocato*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 3, 589 e segg.; CAMUSI, *Scelta dell'avvocato guidata dalla fiducia a dispetto delle logiche di mercato*, in *Guida Dir.*, 2008, 50, 10; PANUCCIO, *Morale e deontologia nella professione forense*, in *Iustitia*, 2007, 265 e segg.; SESSA, *Rapporto tra la figura del professionista e la figura dell'imprenditore: analisi della problematica*, in *Rass. Forense*, 2000, 543 e segg. In giurisprudenza Cass., Sez. un., 23 marzo 2005, n. 6216, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2006, 3, 300, per cui: «Spetta al competente organo disciplinare individuare le situazioni in cui sussistono per l'avvocato doveri rilevanti sul piano deontologico, anche fuori dallo specifico contesto della relazione professionista-cliente. Al riguardo, il limite della ragionevolezza, il cui superamento, solo, rende sindacabile in sede di legittimità una tale individuazione, risulta rispettato nel caso di ritenuta operatività di doveri deontologici a carico dell'avvocato che, in assenza di un rapporto professionale, si faccia consegnare una somma da un soggetto asseritamente per consentirgli di partecipare ad un investimento finanziario, sostanzialmente appropriandosi di

CENICCOLA P.M. (conf.) — Italiana Immobiliare s.p.a. (avv. Brozzi) - Orlandini Bianchi (avv.ti Bartoli, Cecchini, Bergamaschi).

Mediazione e mediatore — Mediazione atipica unilaterale — Configurabilità (C.c. art. 1754).

Mediazione e mediatore — Mediazione atipica unilaterale — Mandato — Obblighi del mediatore-mandatario — Responsabilità nei confronti dei terzi (C.c. artt. 1703, 1709, 1729, 2043).

Configura una mediazione atipica il caso in cui il mediatore abbia agito su incarico di una delle parti, assumendo così la posizione di mandatario (1).

Nel caso di mediazione negoziale unilaterale è configurabile una responsabilità extracontrattuale del mediatore nei confronti della parte che non gli ha conferito l'incarico (2).



Per il testo della sentenza v. *Giur. It.*, 2010, 1, 61, con nota di BAZZO.



(1-2) Prassi commerciali ormai consolidate hanno portato al riconoscimento, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, della c.d. "mediazione atipica", costituita dall'inserimento nel rapporto negoziale di connotati estranei all'impianto civilistico.

Poiché tuttavia non vi è unanimità di vedute in merito a quali siano gli elementi essenziali della figura codicistica, la locuzione "mediazione atipica", con la quale dovrebbero essere indicate le ipotesi ad essa difformi, è divenuta contenitore delle più varie fattispecie.

Alcuni autori, infatti, distinguono la mediazione tipica da quella atipica in ragione della struttura negoziale di quest'ultima¹; altri, affermata la natura contrattuale della mediazione codicistica, utilizzano il termine per indicare l'ipotesi in cui l'incarico contrattuale proviene da una sola delle parti (c.d. mediazione unilaterale)²; altri infine³ ritengono intrinsecamente contraddittorio il concetto di mediazione atipica dovendo necessariamente ricorrere a schemi diversi dalla mediazione in caso di carenza di uno degli ele-

detta somma, non più restituita. Appare, infatti, coerente con le esigenze di tutela del prestigio dell'ordine professionale che siano osservate le norme di deontologia nei rapporti in genere, anche da contatto sociale, nei quali l'avvocato, in ragione della spendita di tale sua qualità, ottenga fiducia ed ingeneri affidamento nel terzo».

¹ CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, 15 e segg. e 79 e segg., il quale ritiene che la mediazione tipica non abbia natura negoziale ed utilizza dunque l'espressione "mediazione atipica" per indicare le altre forme di mediazione, pure ammissibili, alle quali deve riconoscersi struttura negoziale. A questa suddivisione sembra rifarsi anche la sentenza in commento ove afferma: «Oltre alla mediazione tipica di cui all'art. 1754 c.c., consistente in una attività giuridica in senso stretto, è configurabile una mediazione di tipo contrattuale [...] atipica».

² In tal senso Cass., 5 settembre, 2006 n. 19066, in *Obbligazioni e Contratti*, 2007, 261; Id., 13 gennaio 1982, n. 186, in *Giur. It.*, 1983, 1.

³ MARINI, *La mediazione*, in *Comm. C.C.* a cura di Schlesinger, *Artt. 1754-1765*, Milano, 1992, 27; TOSCHI VESPASIANI, *Anche il mediatore atipico è obbligato ad iscriversi al ruolo degli agenti in affari di mediazione*, in *Contratti*, 2007, 323; VISSALLI, *La mediazione*, Padova, 1992, 320.

menti caratterizzanti il tipo legale di cui agli artt. 1754 c.c. e segg.

Ritenendo doveroso mantenere l'utilizzo del termine, anche in ossequio ad una ormai consolidata tradizione linguistica⁴, appare opportuno ricondurre all'espressione "mediazione atipica" quelle ipotesi in cui le clausole frutto dell'autonomia negoziale delle parti, pur incidendo su uno o più aspetti propri della mediazione ordinaria, non ne alterino tuttavia la funzione causale; al contrario, quando vengano a mancare elementi caratterizzanti, quali la messa in relazione delle parti funzionale alla conclusione dell'affare, l'attività dovrà ritenersi estranea all'area dei rapporti di intermediazione, dovendo pertanto essere ricondotta ad altro tipo negoziale⁵.

Questa specificazione nell'uso della locuzione "mediazione atipica", oltre a chiarire le basi terminologiche dell'analisi, è volta altresì a rafforzare l'intento della L. 3 febbraio 1989, n. 39, di contrastare l'abusivismo nell'attività di intermediazione, consentendone l'applicazione anche alle ipotesi di mediazione atipica, a fronte della rilevanza, nella atipicità, che assume il connotato della mediazione, la quale si accompagna all'attività ulteriore in vista della conclusione dell'affare⁶.

Tra le variazioni più comuni allo schema codicistico vi è quella, oggetto della pronuncia, della c.d. mediazione negoziale unilaterale, la quale ricorre allorché una parte, volendo concludere un affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di una persona interessata alla conclusione del medesimo affare.

Tradizionalmente l'elemento dal quale farne dipendere la differente collocazione tra le ipotesi di mediazione atipica piuttosto che in altre figure contrattuali, in specie quella del contratto di mandato, è stato rintracciato nella bilateralità dell'incarico mediatizio⁷.

La giurisprudenza più risalente ha spesso affermato, infatti, che, qualora il rapporto si determini con una sola delle parti, verrebbe meno il requisito della imparzialità del mediatore, da considerarsi elemento essenziale della mediazione, valido a distinguerla da figure affini⁸. In tal caso pertanto il rapporto troverebbe la

propria giustificazione causale, più che nell'attività di intermediazione delle parti, nel contratto che lega il singolo intermediario ad una di esse, del quale l'attività di ricerca e predisposizione dell'affare costituirebbe l'adempimento⁹.

Dottrina e giurisprudenza maggioritarie riconoscono oggi, al contrario, la esistenza di una mediazione, seppure atipica, fondata su incarico unilaterale; sebbene il percorso argomentativo della dottrina e della giurisprudenza sul punto sia differente. In specie la dottrina ha affermato la compatibilità dello schema mediatizio, seppure atipico, con il conferimento unilaterale dell'incarico, progressivamente svalutando il requisito dell'imparzialità e ricercando dunque la distinzione tra questo genere di mediazione e il contratto di mandato nella differente natura dell'attività svolta: giuridica quella del mandatario, materiale quella del mediatore¹⁰.

La giurisprudenza, viceversa, ha mantenuto il profilo dell'imparzialità quale presupposto indispensabile per la configurabilità della mediazione e *discrimen* tra le due figure contrattuali¹¹, evidenziando tuttavia che essa non viene meno per il solo fatto che l'incarico sia stato conferito da uno solo dei contraenti¹².

La sentenza si inserisce in questo orientamento giurisprudenziale laddove riconosce che l'attività del mediatore possa avere una duplice qualificazione: di attività giuridica in senso stretto qualora si tratti di mediazione tipica; e di natura contrattuale quando invece l'attività del mediatore venga svolta sulla base di un contratto di mandato; circostanza, peraltro, della quale la Suprema Corte trova fondamento normativo negli artt. 1754 e 1756 c.c.¹³, e nell'art. 2, n. 2, della legge n. 39/1989, istitutiva del ruolo professionale all'interno del quale è inserita la sezione relativa agli agenti muniti di mandato a titolo oneroso.

A questo proposito occorre sottolineare come secondo alcuni autori il suddetto art. 2, n. 2, della legge n. 39/1989 avrebbe avuto proprio l'intento di conferire maggiori garanzie anche alle parti di quei contratti che, come nel caso di specie, si collocano in zone grigie

⁴ Così LUMINOSO, *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 2006, 160 e segg.

⁵ DE GIORGI, *Diritto alla provvigione e pluralità di mediatori*, nota a *Cass.*, 11 giugno 2008, n. 15484, in *Obbligazioni e Contratti*, 2008, 1573.

⁶ TOSCHI VESPASIANI, *op. cit.*

⁷ VISSALLI, *op. cit.*, 44; MARINI, *op. cit.*, 34 e segg.; CATRICALÀ, *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Rescigno, Milano, 1985, 436 e segg.; CARRARO, *op. cit.*, 127 e segg. Secondo questo orientamento l'imparzialità del mediatore sarebbe profilo indefettibile della mediazione e pertanto qualora l'attività finalizzata alla conclusione dell'affare venga svolta dall'intermediario nell'esclusivo interesse di una delle parti si avrebbe piuttosto procacciamento d'affari.

⁸ *Cass.*, 26 maggio 2000, n. 6959, in *Rep. Giur. It.*, 2000, voce "Mediazione", n. 19; sulla necessaria imparzialità, la mancanza della quale esclude la mediazione, *Id.*, 7 luglio 1980, n. 4340, in *Mass.*, 1980; *Id.*, 25 febbraio 1987, n. 1995, *ivi*, 1987; *Id.*, 26 maggio 2000, n. 6959, *ivi*, 2000.

⁹ La problematicità della distinzione tra le due figure è secondo alcuni alimentata dal dato letterale dei contratti di conferimento dell'incarico mediatizio, i quali, talvolta in contrasto con lo schema causale che gli è proprio, vengono definiti "mandato a vendere"; così BATTELLI, *Sulla differenza tra mandato e*

mediazione, nota a *App. Milano*, 12 maggio 2004, in *Contratti*, 2005, 776 e segg.

¹⁰ AZZOLINA, *La mediazione*, in *Tratt. Dir. Civ. It.* a cura di Vassalli, Torino, 1957, 179; CAUTAPELLA, *Note sulla natura giuridica della mediazione*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1978, 379 e segg.; LUMINOSO, *op. cit.*, 69 e segg.; MARINI, *op. cit.*, 53 e segg.

¹¹ *Cass.*, 26 maggio 2000, n. 6959, in *Mass.*, 2000; *Id.*, 25 febbraio 1987, n. 1995, *ivi*, 1987; *Id.*, 7 luglio 1980, n. 4340, *ivi*, 1980.

¹² *Cass.*, 30 settembre 2008, n. 24333, in *Contratti*, 2009, 55; *Id.*, 5 settembre 2006, n. 19066, in *Giur. It.*, 2007, 2189; *Id.*, 5 settembre 2006, n. 19066, in *Contratti*, 2007, 4, 323; *Id.*, 7 aprile 2005, n. 7251, in *Mass. Giur. It.*, 2005; *Id.*, 8 giugno 1993, n. 6384; *Id.*, 14 giugno 1988, n. 4032, in *Arch. Civ.*, 1988, 1174; *Id.*, 14 marzo 1984, n. 1750, in *Repertorio Foro It.*, 1984, voce "Mediazione", n. 5; *Id.*, 13 gennaio 1982, n. 186, in *Giur. It.*, 1983, 820; *Id.*, 12 novembre 1981, n. 5982, in *Repertorio Foro It.*, 1981, voce "Mediazione", n. 4; *Id.*, 25 giugno 1977, n. 2721, in *Mass.*, 1977, 2721.

¹³ Rispettivamente in tema di rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite; e in tema di conferimento dell'incarico al mediatore da una delle parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso.

dell'attività intermediaria, costituite da combinazioni miste dell'uno e dell'altro contratto¹⁴.

Dalla circostanza che il mediatore agisca sulla base di un contratto di mandato la suprema Corte trae alcune considerazioni in tema di regime della responsabilità eventualmente gravante su di lui per violazione di obblighi informativi.

Giova premettere che tra le prestazioni accessorie all'attività di ricerca di un contraente proprie del mediatore-mandatario vi è quella di fornire informazioni in ordine alle circostanze, a lui note o conoscibili¹⁵, che possano determinare le parti a non concludere l'affare o a concluderlo a condizioni diverse¹⁶.

Obblighi simili sono anzitutto espressione del generale principio di buona fede e correttezza che proprio nell'aspetto informativo trova il suo profilo caratterizzante, in particolar modo in presenza di una forte disuguaglianza informativa, come nel caso dei contratti di intermediazione per la conclusione di un affare. Una loro specificazione è poi contenuta nell'art. 1759 c.c. in tema di responsabilità del mediatore che, giova ricordarlo, anche alla luce della qualificazione data al caso di specie dalla Corte di cassazione, sono analoghi a quelli gravanti sul mandatario *ex art.* 1710 c.c. Sulle conseguenze della violazione di tali obblighi informativi incide, tuttavia, come rilevato dalla pronuncia, la qualificazione data alla relativa fonte.

Nell'economia del rapporto di mediazione tali obblighi costituiscono, infatti, espressione del dovere di imparzialità che incombe sul mediatore a favore di entrambe le parti, e costituiscono pertanto oggetto della prestazione la cui violazione comporta responsabilità *ex art.* 1218 c.c.

Nel caso in cui, invece, l'attività di ricerca del contraente sia stata svolta sulla base di un mandato, a parere della suprema Corte, il rapporto di natura contrattuale intercorrerebbe solo tra mediatore-mandatario e la parte che gli ha conferito l'incarico, e pertanto la violazione dei suddetti obblighi avrà valore di inadempimento contrattuale solo nei confronti di quest'ultima, dovendosi invece qualificare come responsabilità extracontrattuale quella del mediatore-mandatario nei confronti della parte terza, destinataria dell'attività di mediazione.

A quest'ultimo riguardo non può tuttavia omettersi di rilevare come la stessa sentenza, sebbene in un *obiter dictum* in merito alla mediazione tipica, precisi che, pur non intercorrendo tra le parti ed il mediatore alcun rapporto contrattuale (si legge nella motivazione che

«la mediazione c.d. ordinaria o tipica di cui all'art. 1754 c.c. [...] consiste in una attività giuridica in senso stretto»), la responsabilità del mediatore dovrà essere qualificata come da contatto sociale, aggiungendo che «da tale configurazione della responsabilità del mediatore che opera ai sensi dell'art. 1754 c.c. [...] deriva sia che è il primo a dover dimostrare di aver fatto tutto il possibile in base alla richiamata diligenza *ex art.* 1176, comma 2, c.c. [...], mentre spetta alle parti fornire prova esclusivamente dell'avvenuto contatto ai fini della conclusione dell'affare; sia che il termine di prescrizione per far valere in giudizio detta responsabilità è quello ordinario decennale».

(1-2) La natura della mediazione tra attività giuridica in senso stretto e mandato

1. Premessa.

La sentenza in commento¹ propone un deciso superamento dell'annoso dibattito relativo alla natura della mediazione — che la Corte reputa senz'altro un istituto non negoziale — e individua nel “contatto sociale” la fonte delle obbligazioni che incombono sul mediatore e che, se violate, ne determinano la responsabilità contrattuale.

Nel contempo, la mediazione c.d. “atipica” viene ricondotta nell'alveo del mandato, con la conseguenza che — in presenza di un incarico conferito da una delle parti (mandante) — il mediatore (mandatario) perderebbe il diritto di richiedere la provvigione all'altra parte, nei confronti della quale risponderebbe peraltro ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Il provvedimento suscita, invero, interessanti spunti di riflessione, benché non sempre la motivazione appaia integralmente persuasiva.

2. Le luci (soffuse). Il sistema della mediazione tipica disegnato dalla Cassazione ed il “contatto sociale” come fonte delle obbligazioni del mediatore.

Com'è noto, la natura contrattuale o non contrattuale della mediazione è assai discussa. Lo stesso legislatore, del resto, non ha preso posizione sul punto, limitandosi a dare la nozione del mediatore e non della mediazione².

Diversamente dalla mediazione c.d. “atipica”³, considerata come sicuramente negoziale, la mediazione c.d. “ordinaria” o “tipica” di cui all'art. 1754 c.c. viene ricondotta talvolta ad una figura contrattuale nominata⁴, talvolta ad una attività giuridica in senso stretto⁵.

¹⁴ TROISI, *La mediazione*, Milano, 1995, 28; CAGNASSO-COTTINO, *Contratti commerciali*, Padova, 2009, 338; in senso contrario CIAN, *Profili civilistici della nuova legge sulla mediazione 3 febbraio 1989 n. 39*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1990, 54 e segg., il quale ritiene invece che la formula normativa si riferisca semplice mediazione unilaterale e non all'esistenza di un vero e proprio mandato.

¹⁵ È opportuno precisare che con l'entrata in vigore della legge 39/1989, volta a sostituire integralmente la figura del mediatore occasionale con quella del mediatore professionale, la diligenza con cui quest'ultimo dovrà svolgere la propria attività e le prestazioni ad essa accessorie sarà quella di cui all'art. 1176, comma 2, c.c.

¹⁶ Sullo specifico contenuto degli obblighi informativi v. TARDIA, *Attività di mediazione ed obblighi di informare*, in *An-*

nali della facoltà di economia di Benevento, Napoli, 2004, 9, 265 e segg.

¹ La decisione, pubblicata anche in *Guida Dir.*, 2009, 35, 20 (con nota di PISELLI, *Il silenzio sui difetti dell'immobile rende responsabile anche il venditore*), può leggersi nel testo originale all'indirizzo www.cortedicassazione.it.

² L'art. 1754 c.c., infatti, recita: «È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione di dipendenza o di rappresentanza».

³ Della quale si parlerà al paragrafo successivo.

⁴ La concessione della mediazione come rapporto negoziale è, invero, prevalente in dottrina. Si v. già STOLFI, *Della mediazione*, sub art. 1754 c.c., in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca,

Bene, la sentenza in commento aderisce senza riserve alla tesi secondo la quale, prescindendo la mediazione tipica da un sottostante obbligo a carico del mediatore (perché posta in essere «in mancanza di un apposito titolo»), la “messa in relazione” delle parti ai fini della conclusione di un affare dovrebbe essere qualificata senz’altro come giuridica in senso stretto, e non come negoziale.

Richiamando, dunque, l’antica distinzione tra atto e negozio⁶, tale ricostruzione è reputata preferibile perché gli effetti giuridici che l’attività del mediatore produce risultano predeterminati non già da un regolamento di interessi diviso dalle parti in sede contrattuale, bensì dallo stesso legislatore.

Sì che il mediatore, una volta che sia stato concluso l’affare tra i contraenti⁷, acquisterebbe il diritto alla provvigione non in virtù di un contratto, ma sulla base di un mero comportamento legalmente tipizzato, nel

quale andrebbe ravvisato uno di quegli atti o fatti idonei — ex art. 1173 c.c., al pari dei contratti o dei fatti illeciti — a determinare la nascita del rapporto obbligatorio con le parti, nell’ambito del quale si collocherebbe altresì il dovere del mediatore di comunicare alle stesse, ai sensi dell’art. 1759 c.c., le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell’affare.

Ancora: benché *prima facie* — prosegue la Corte — la responsabilità del mediatore in ordine alla violazione di tale ultimo dovere possa sembrare di natura extracontrattuale, essa dovrebbe a ben vedere reputarsi contrattuale, giacché fondata sul c.d. “contatto sociale”⁸, ravvisabile nella situazione di fatto che si realizzerrebbe tra l’operatore professionale, soggetto a specifici requisiti formali ed abilitativi, e coloro che su tali requisiti ripongono particolare affidamento, cioè a dire le parti dell’affare intermediato. Dunque, come il medico nei confronti del paziente, così il mediatore ri-

Bologna-Roma, 1953, 1, il quale rileva che «per la prima volta nella storia della nostra legislazione si è fatto della mediazione un contratto nominato o tipico [...]», ma «di tale contratto manca la definizione legislativa». Ravvisano nella mediazione un istituto contrattuale, benché la soluzione finale venga raggiunta attraverso differenti percorsi interpretativi, anche MINASI, voce “Mediazione (dir. priv.)”, in *Enc. Dir.*, XXVI, Milano, 1976, 33 e segg.; MARINI, *La mediazione*, Milano, 1992, 27 e segg.; DI CHIO, voce “Mediazione e mediatori”, in *Digesto Comm.*, IX, Torino, 1993, 374 e segg.

⁵ Il principale e più autorevole sostenitore della natura anegoziale della mediazione, fondata su un atto giuridico in senso stretto e non su un contratto, resta senz’altro CARRARO, *La mediazione*, Padova, 1960, 15 e segg., 79 e segg., 126 e segg., secondo il quale la qualità di mediatore si acquisterebbe per lo svolgimento non di un incarico, ma di una attività materiale, dalla quale deriverebbero le conseguenze giuridiche individuate dalla disciplina codicistica.

⁶ La dogmatica giuridica distingue tradizionalmente tra “atto giuridico” e “negozio giuridico” in virtù della diversa rilevanza del volere: «Posta la volontà dell’atto, comune a ogni tipo di atto, la differenza si pone secondo che rilevi una distinta volontà diretta proprio alla produzione degli effetti: atti giuridici in senso stretto i primi, atti di volontà o negozi i secondi» (così SANTORO PASSARELLI, voce “Atto giuridico”, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 205).

⁷ Invero, nessun accenno la sentenza dedica al profilo, evidentemente non sollevato dalle parti, circa la validità dell’accordo negoziale intermediato, che involge quello della conclusione dell’affare. In effetti, la circostanza che il bene oggetto di compravendita fosse in comunione tra la venditrice e gli (ignoti) eredi di altro soggetto deceduto potrebbe indurre a ritenere non validamente formatosi l’accordo tra le parti, dovendo il consenso alla conclusione del contratto essere manifestato da tutti i comunisti (costituenti una c.d. parte soggettivamente complessa o plurisoggettiva), per il che verrebbe meno alla radice la stessa configurabilità del diritto alla provvigione. In tal senso sembrerebbe deporre la giurisprudenza consolidata in tema di preliminare di vendita, che tuttavia si occupa *ex professo* del diverso problema relativo all’esperibilità del rimedio di cui all’art. 2932 c.c. (cfr. Cass., Sez. II, 23 febbraio 2007, n. 4227, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, II: «Nel caso di contratto preliminare di vendita di un bene oggetto di proprietà indivisa, si presume, salvo che risulti il contrario, che le parti lo abbiano considerato come un *unicum* inscindibile, e che le singole manifestazioni di volontà provenienti da ciascuno dei contraenti siano prive di specifica autonomia e destinate a fondersi in un’unica dichiarazione negoziale, in quanto i promittenti venditori si pongono congiuntamente come un’unica parte contrattuale complessa. Ne consegue che, qualora una di dette manifestazioni manchi o risulti viziata da invalidità originaria, o venga caducata per qualsiasi

causa sopravvenuta, si determina una situazione che impedisce non soltanto la prestazione del consenso negoziale della parte complessa, ma anche la possibilità che quella prestazione possa essere sostituita dalla pronuncia giudiziale ai sensi dell’art. 2932 c.c., restando escluso che il promissario acquirente possa conseguire la sentenza ai sensi di detta norma nei confronti di quello tra i comproprietari promittenti dei quali esista e persista l’efficacia della relativa manifestazione negoziale»). Nondimeno, parrebbe preferibile reputare che la vendita di un bene in comunione da parte di uno soltanto dei comunisti concreta un contratto valido ancorché sottoposto alla disciplina di cui all’art. 1480 c.c., come peraltro riconosce esplicitamente la giurisprudenza in tema di vendita di cosa parzialmente altrui (in tal senso, si v. Cass., Sez. II, 12 gennaio 2005, n. 387, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, I: «La disciplina di cui all’art. 1480 c.c. comprende sia la vendita per intero di una parte materiale della cosa di cui l’alienante assume di essere proprietario [*communio pro diviso*], sia l’ipotesi di vendita da parte di un comproprietario di una cosa di proprietà comune *pro indiviso*; per contro, la vendita di un bene interamente [e non parzialmente] di proprietà altrui, è regolata dall’art. 1479 c.c.»; *contra*, Id., Sez. II, 15 maggio 1998, n. 4902, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 534).

⁸ È appena il caso di rammentare che la dottrina del c.d. contatto sociale è stata accolta dalla giurisprudenza italiana alla fine del secolo scorso in tema di responsabilità medico-sanitaria (cfr. Cass., Sez. III, 22 gennaio 1999, n. 589, in *Riv. It. medicina legale*, 2001, 830: «Nei casi di rapporti che nella previsione legale sono di origine contrattuale e tuttavia in concreto vengono costituiti senza una base negoziale e talvolta grazie al “contatto sociale” [secondo un’espressione che risale agli scrittori tedeschi], si fa riferimento al “rapporto contrattuale di fatto o da contatto sociale”»), nel quale ambito si è ormai consolidato un orientamento pacifico in proposito (si v., da ultimo, Cass., Sez. un., 11 gennaio 2008, n. 577, in *Foro It.*, 2008, 2, 455, che si inserisce tra le celeberrime dieci sentenze coeve — dalla n. 576 alla n. 585 — intervenute a definire numerose questioni controverse sul risarcimento danni da trasfusioni di sangue infetto). Il contatto sociale, nondimeno, va estendendo la propria sfera di applicazione, posto che è stato ravvisato — oltre che nel caso di mediazione in discorso — altresì nel rapporto tra insegnante e allievo (Trib. Milano, 28 maggio 2009, n. 7205, in *Giustizia a Milano*, 2009, 5, 7205), in quello tra banca e portatore di un titolo di credito (Cass., Sez. I, 13 maggio 2009, n. 11130, in *www.cortedicassazione.it*), e finanche in quello tra pubblica amministrazione e cittadino titolare di un interesse legittimo (Cons. di Stato, 31 ottobre 2008, n. 5453, in *Riv. Giur. Edil.*, 2009, 1, 284), come, per vero, predicava in tempi non sospetti Lina Bigliuzzi Geri (v. il suo *Contributo ad una teoria dell’interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, la cui prima edizione è del 1964, in seguito riveduta e completata nel 1967, *passim*).

sponderebbe nei confronti dei propri “clienti” secondo le regole di cui agli artt. 1218 e segg. c.c., pur in assenza di un preventivo accordo negoziale, in virtù del rapporto qualificato venutosi ad instaurare⁹.

Da tale configurazione deriva, naturalmente, la triplice conseguenza relativa all'onere della prova (nel senso che è il mediatore a dover dimostrare, per liberarsi dalla responsabilità, l'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, potendo invece le parti limitarsi ad allegare l'inadempimento), al termine di prescrizione (che è quello ordinario decennale e non quello quinquennale della responsabilità *ex art.* 2043 c.c.), nonché — seppure la Corte ometta di sottolinearlo — alla irrisarcibilità del danno oltre la misura di quanto poteva prevedersi nel tempo in cui l'obbligazione è sorta (*art.* 1225 c.c.).

3. *Le ombre (diffuse). Mediazione atipica, mandato e soggetti obbligati al pagamento della provvigione.*

Accanto alla mediazione c.d. ordinaria o tipica, la giurisprudenza suole considerare — come accennato — una mediazione atipica di tipo negoziale, ravvisabile allorché il mediatore sia esplicitamente incaricato di svolgere attività di promozione di un affare, potendosi poi ulteriormente distinguere tra mediazione atipica unilaterale e bilaterale (secondo che l'incarico sia conferito da una soltanto oppure da entrambe le parti interessate all'affare)¹⁰, nonché tra mediazione atipica

senza e con esclusiva (secondo che l'affare possa o non possa essere contemporaneamente promosso anche da altri mediatori), ferma restando la libertà *ex art.* 1322 c.c. di arricchire il contenuto del contratto con altre pattuizioni come, ad esempio, quella di irrevocabilità temporanea dell'incarico¹¹.

Nondimeno, la prestazione caratteristica resa tanto dal mediatore tipico quanto da quello atipico è sempre stata fatta oggetto di unitaria considerazione¹², con la conseguenza che alla disciplina generale della mediazione tipica si è rimandato per colmare eventuali lacune delle pattuizioni contrattuali di una mediazione atipica¹³.

A differente conclusione sul punto perviene, invece, la decisione in rassegna, la quale reputa opportuno ricondurre la mediazione di tipo contrattuale non già ad una figura atipica, bensì ad un vero e proprio mandato, dovendosi ravvisare nella fattispecie in parola quell'affidamento di un incarico «col quale una parte si obbliga a compiere uno più atti giuridici per conto dell'altra» che darebbe luogo — per definizione — al contratto di cui all'*art.* 1703 c.c.

Tale ricostruzione — che troverebbe fondamento sia nella prassi contrattuale degli operatori¹⁴, sia nella disciplina codicistica¹⁵, sia ancora nella legislazione speciale¹⁶ — comporta, quale dirompente corollario, che il mediatore-mandatario potrebbe vantare il diritto alla provvigione-compenso (sempre in via subordinata al-

⁹ Con il che si stempera decisamente la statuizione circa l'accontrattualità della mediazione. Il fatto è, invero, che la dottrina assertiva della sua natura negoziale non ha mai trascurato di considerare le peculiari modalità di svolgimento della relativa vicenda contrattuale. Si v., in proposito, quanto affermava già MARINI, *op. cit.*, 30 e segg., là dove rilevava che, «se è vero [...] che la mediazione costituisce un contratto, non è men vera l'affermazione posta a base della teoria non negoziale, che ravvisa un'assoluta irriducibilità dell'istituto allo schema consensuale e bilaterale fissato dall'*art.* 1321 c.c.», ricollegando dunque la nascita del rapporto contrattuale di mediazione non già ad un preteso accordo, ma all'esecuzione della «prestazione consistente nel far concludere a due o più parti un affare determinato» (32), in maniera non dissimile dall'ipotesi di cui all'*art.* 1327 c.c., ancorché l'esecuzione non sia preceduta da una preventiva proposta.

¹⁰ Cfr., in proposito, Cass., Sez. III, 5 settembre 2006, n. 19066, in *Giust. Civ.*, 2007, 2, 423: «È configurabile, accanto alla mediazione ordinaria, una mediazione negoziale cosiddetta atipica, fondata su un contratto a prestazioni corrispettive, con riguardo anche ad una soltanto delle parti interessate (c.d. mediazione unilaterale). Tale ipotesi ricorre nel caso in cui una parte, volendo concludere un affare, incarichi altri di svolgere un'attività intesa alla ricerca di una persona interessata alla conclusione del medesimo affare a determinate, prestabilite condizioni».

¹¹ Cass., Sez. III, 16 febbraio 1998, n. 1630, in *Arch. Civ.*, 1998, 539: «I patti di esclusiva e di irrevocabilità temporanea sono compatibili con il rapporto di mediazione, in quanto rappresentano delle semplici cautele ai fini di un non motivato ripensamento del proponente, legittimamente consentito nell'ambito dei poteri di autonomia spettanti alle parti. È possibile, infatti, rendere atipica la mediazione, dando al rapporto una regolamentazione diversa da quella legale, stabilendo il diritto del mediatore al compenso anche nel caso di revoca anticipata dell'incarico oltre che — come per legge (*art.* 1755 c.c.) — al verificarsi della conclusione dell'affare».

¹² V., in tema, Cass., Sez. III, 7 aprile 2009, n. 8374, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, 4, 591: «Nel contratto di mediazione atipica — configurabile nelle ipotesi in cui il mediatore, evitando l'alea

intrinseca alla mediazione, si garantisce la provvigione con l'acquisizione di una proposta di acquisto conforme alle condizioni previste e predefinite nell'incarico di vendita, senza necessità di conclusione dell'affare — la prestazione caratterizzante del mediatore è pur sempre quella di mettere in relazione due o più parti in vista della conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, dipendenza o rappresentanza».

¹³ Nonché ai fini di determinare i presupposti che abilitano il mediatore all'esercizio dell'attività, atteso che anche la mediazione atipica è «soggetta alla disciplina di cui alla L. 3 febbraio 1989, n. 39, e per l'esercizio di questa attività, quindi, è richiesta l'iscrizione nell'albo degli agenti di affari in mediazione e il suo svolgimento in difetto di tale condizione esclude, ai sensi dell'*art.* 6 della stessa legge, il diritto alla provvigione» (così la citata Cass., Sez. III, 5 settembre 2006, n. 19066).

¹⁴ La Corte sottolinea che, nella maggior parte dei contratti *standard* predisposti nel campo della mediazione immobiliare, viene esplicitamente contemplato un “mandato” o un “incarico” a vendere o ad acquistare, dal che dovrebbe desumersi che «il mediatore in molti casi agisca non sulla base di un comportamento di mera messa in contatto tra due o più soggetti per la conclusione di un affare (attività giuridica in senso stretto che prescinde da un sottostante titolo giuridico) ma proprio perché “incaricato” da una o più parti ai fini della conclusione dell'affare [...] in tal caso risulta evidente che l'attività del mediatore-mandatario è consequenziale all'adempimento di un obbligo di tipo contrattuale (e dunque, *ex art.* 1173 c.c., questa volta riconducibile al contratto come fonte di obbligazioni)».

¹⁵ E, in particolare, proprio nella disciplina dalla quale si vorrebbe rifuggire, cioè a dire quella della mediazione (*art.* 1756 c.c., secondo cui «il mediatore ha diritto al rimborso delle spese nei confronti della persona per incarico della quale sono state eseguite anche se l'affare non è stato concluso», nonché *art.* 1761 c.c., che contempla la possibilità che il mediatore venga «incaricato da una delle parti di rappresentarla negli atti relativi all'esecuzione del contratto concluso con il suo intervento»).

¹⁶ La L. 3 febbraio 1989, n. 39 (recante «modifiche ed integrazioni alla L. 21 marzo 1958, n. 253, concernente la disciplina

l'iscrizione nel ruolo professionale di cui alla legge n. 39/1989) non già nei confronti di ciascuna delle parti, ma soltanto verso il proprio mandante, ovvero sia la parte dalla quale abbia ricevuto l'incarico, in linea con la previsione degli artt. 1709 e 1720 c.c.

Siffatta ipotesi ermeneutica non convince.

In realtà, a prescindere dalla natura — contrattuale o no — della mediazione, il tratto distintivo di tale figura (tanto nella versione tipica quanto in quella atipica) rispetto al mandato deve essere ravvisato nella doverosità dell'attività che il mandatario si impegna a compiere in forza dell'incarico ricevuto, laddove il mediatore resta tendenzialmente libero di attivarsi per mettere in relazione le parti dell'affare, alla cui conclusione è subordinato il suo diritto alla provvigione¹⁷.

In tal senso è, d'altronde, orientata la prevalente giurisprudenza, che sottolinea come il mediatore abbia la mera facoltà (o, piuttosto, l'onere, se vuol riscuotere la provvigione) di interporsi tra i contraenti per appianarne le eventuali divergenze e farli pervenire alla conclusione dell'affare, mentre il mandatario ha l'obbligo di eseguire la prestazione oggetto del mandato¹⁸.

Non sembra, dunque, condivisibile la tesi — prospettata dalla suprema Corte — secondo cui il semplice fatto di avere ricevuto incarico da una delle parti al fine di promuovere l'affare precluderebbe *ipso facto* al mediatore la possibilità di richiedere la provvigione all'altra parte.

Si tratta, a ben vedere, di valutare l'incidenza del requisito della c.d. imparzialità del mediatore¹⁹, la quale «non consiste in una generica ed astratta equidistanza dalle parti, né può escludersi per il solo fatto che il mediatore prospetti a taluna di queste la convenienza dell'affare, ma va intesa, conformemente al dettato dell'art. 1754 c.c., come assenza di ogni vincolo di mandato, di prestazione d'opera, di preposizione istitutoria e di qualsiasi altro rapporto che renda riferibile al *dominus* l'attività dell'intermediario»²⁰.

La stessa giurisprudenza, del resto, tende a riconoscere il diritto del mediatore alla provvigione — a prescindere dall'eventuale rapporto intercorrente con una delle parti — ogniqualvolta lo stesso abbia svolto attività utile nei confronti di entrambi i contraenti, quando essi siano stati in grado di rilevarla e di valutare l'opportunità di servirsene²¹. Perciò la parte che si sia

della professione di mediatore»), che ha istituito il ruolo professionale degli agenti di affari in mediazione, distingue — art. 2, comma 2 — tra «agenti immobiliari», «agenti merceologici» ed «agenti muniti di mandato a titolo oneroso»; stabilisce inoltre — art. 2, comma 4 — che «l'iscrizione al ruolo deve essere richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo, da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, attività per la conclusione di affari relativi ad immobili o ad aziende»; prevede infine — art. 5, comma 4 — che «il mediatore che per l'esercizio della propria attività si avvalga di moduli o formulari, nei quali sono indicate le condizioni del contratto, deve preventivamente depositare copia presso la Commissione di cui all'art. 7».

¹⁷ Già STOLFI, *op. cit.*, 45, rilevava che «il mandatario è tenuto ad occuparsi effettivamente della trattazione dell'affare affidatogli (art. 1703); mentre invece non può dirsi, in linea di principio, che il mediatore sia obbligato a svolgere un'attività diretta a procurare la conclusione dell'affare». Nello stesso senso, MARINI, *op. cit.*, 73: «Il mediatore, diversamente dal mandatario, non contratta ma fa contrattare e, secondo l'opinione assolutamente prevalente in dottrina, resta libero di svolgere la sua attività diretta a procurare la conclusione dell'affare». Anche MINASI, voce «Mediazione (dir. priv.)», *cit.*, 41, sottolinea che «il mediatore non assume alcun obbligo prima dello svolgimento dell'attività», e GUIDOTTI, *La mediazione*, in *Contratto e Impresa*, 2004, 935, precisa che il mediatore «è libero di prestare o meno la propria opera; a suo carico sta quindi non un obbligo, ma solo un onere».

¹⁸ Cass., Sez. III, 30 settembre 2008, n. 24333, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 9, 1408: «Per stabilire se un contratto abbia natura di mandato o di mediazione non è sufficiente fare riferimento all'esistenza o meno di un potere di rappresentanza in capo alla persona incaricata del compimento dell'affare (in quanto anche il mediatore può assumere la rappresentanza dell'intermediato), né è sufficiente avere riguardo all'oggetto dell'incarico (potendo la mediazione essere preordinata alla stipula di qualsiasi contratto, ivi compresi quelli di finanziamento), occorrendo, invece avere riguardo alla natura vincolante o meno dell'incarico, in quanto mentre il mandatario ha l'obbligo di eseguirlo, il mediatore ha la mera facoltà di attivarsi per mettere in relazione le parti». Cass., Sez. III, 7 aprile 2005, n. 7251, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, IV: «L'attività di mediazione e il diritto alla provvigione sono conseguenza dell'incontro delle volontà dei soggetti interessati e dell'utile messa in contatto delle parti dello stipulando contratto. Pertanto, a differenza dal mandato (nel quale il man-

datario è tenuto a svolgere una determinata attività giuridica, con diritto a ricevere il compenso dal mandante indipendentemente dal risultato conseguito e, quindi, anche se l'affare non sia andato a buon fine), il mediatore, interponendosi in maniera neutra ed imparziale tra due contraenti, ha soltanto l'onere di metterli in relazione tra loro, appianarne le eventuali divergenze, farli pervenire alla conclusione dell'affare divisato (alla quale è oltretutto subordinato il suo diritto al compenso), senza che la sua indipendenza venga sostanzialmente meno anche in ipotesi di incarico unilaterale ovvero di compenso previsto a carico di una sola delle parti (ovvero ancora in misura diseguale tra esse)». Cass., Sez. III, 18 febbraio 1998, n. 1719, in *Contratti*, 1998, 489: «La mediazione si differenzia dal mandato perché, mentre il mandatario agisce in adempimento di un preciso obbligo giuridico consistente nel compimento di un'attività negoziale, avendo diritto al compenso indipendentemente dal risultato raggiunto, il mediatore assume l'onere, interponendosi in maniera neutrale e imparziale, di mettere in contatto due o più parti con diritto al compenso solo in caso di effettiva conclusione dell'affare».

¹⁹ V., in proposito, MARINI, *op. cit.*, 55: «Riferita al mediatore la c.d. imparzialità vale solo ad esprimere la sua terzietà e cioè la posizione di terzo rispetto alle parti dell'affare o, secondo una diversa formulazione, l'inconciliabilità della posizione di mediatore con quella di parte dell'affare».

²⁰ Così, letteralmente, Cass., Sez. III, 16 gennaio 1997, n. 392, in *Foro It.*, 1997, I, 1864. V. altresì, sotto altro profilo, Cass., Sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27729, in *Giust. Civ.*, 2006, 6, 1194: «Il mediatore e il procuratore di affari individuano due distinte figure negoziali — la prima tipica, la seconda atipica — che si differenziano per la posizione di imparzialità del mediatore rispetto al procuratore, il quale, invece, agisce su incarico di una delle parti interessate, dalla quale soltanto può pretendere la provvigione, e non è soggetto alla applicazione della norma — da considerarsi eccezionale — di cui all'art. 6, L. 3 febbraio 1989 n. 39, che presuppone l'obbligo di iscrizione nel relativo albo, previsto dalla stessa legge al precedente art. 2 per i soli mediatori».

²¹ Cfr. Cass., Sez. III, 16 ottobre 2008, n. 25260, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 10, 1488: «È configurabile il diritto alla provvigione del mediatore per l'attività di mediazione prestata in favore di una delle parti contraenti quando egli sia stato contemporaneamente procuratore d'affari dell'altro contraente. Infatti, se è vero che, normalmente, il procuratore d'affari ha diritto al pagamento solo nei confronti della parte alla quale sia legato da

giovata consapevolmente dell'attività mediatrice deve essere considerata, in linea di principio, tenuta al pagamento della provvigione, anche qualora il mediatore avesse ricevuto incarico dall'altra parte di promuovere l'affare²².

4. (Segue): *Oneri probatori del mediatore tipico.*

Tra i molteplici *obiter dicta* formulati nella sentenza in commento, pare opportuno riservare una brevissima riflessione a quello secondo il quale «è evidente che l'attore che agisce per ottenere la provvigione di una mediazione da lui effettuata ha l'onere di dimostrare di non aver agito in posizione di mandatario di una delle parti».

Invero il principio, che finisce per addossare al mediatore un onere probatorio irragionevolmente gravoso²³, non può essere condiviso.

In conformità al principio generale di cui all'art. 2697 c.c., il mediatore che voglia far valere in giudizio il proprio diritto alla provvigione dovrà limitarsi a provare i fatti che ne costituiscono il fondamento (e cioè l'aver messo in contatto due o più parti per la conclusione di un affare).

Spetterà semmai alla parte che voglia sottrarsi al pagamento della provvigione allegare — e dimostrare — che l'attore abbia agito senza l'imparzialità del mediatore e, quindi, quale mandatario dell'altra parte (nel senso sopra precisato).

Sarà compito del giudice di merito, infine, qualificare la vicenda²⁴ in termini di mediazione o di mandato e, conseguentemente, riconoscere o negare il diritto alla provvigione.

5. (Segue): *Responsabilità del mediatore-mandatario verso la parte "non mandante": risarcimento del danno o ripetizione dell'indebito?*

Muovendo dall'assunto secondo cui la mediazione atipica debba — sempre e comunque — essere ricondotta al mandato, la Corte precisa che il mediatore-mandatario risponderebbe, «ove si comporti in modo illecito, a titolo di responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c., nei confronti del soggetto "destinatario"

della sua attività», il quale assumerebbe infatti la qualifica di "terzo", in quanto estraneo al rapporto contrattuale tra lo stesso mediatore-mandatario ed il mandante.

Perché non operi, in siffatta ipotesi, la teoria del "contatto sociale" — che la Cassazione ha appena richiamato, invece, per qualificare come contrattuale la responsabilità del mediatore tipico verso le parti, con le quali non intercorrerebbe alcun rapporto negoziale — non è chiaro, *a fortiori* se si considera ciò che dal mediatore-mandatario si pretende in termini di diligenza.

La decisione, infatti, prosegue il proprio *iter* logico affermando che il mancato assolvimento da parte del mediatore-mandatario dei propri obblighi con la dovuta diligenza professionale «ha ingenerato nell'odierna resistente un affidamento non colpevole sulla corrispondenza alla realtà della situazione apparente, con il conseguente sorgere di responsabilità a suo carico ex art. 2043 c.c.».

Il che, di fatto, postula il riconoscimento in capo al mediatore-mandatario del dovere di comunicazione ex art. 1759 c.c. anche nei confronti della parte "non mandante".

Ad ogni modo, riconosciuta la responsabilità del mediatore-mandatario, il conseguente obbligo risarcitorio viene in sentenza «parametrato sulla restituzione della ricevuta caparra [*recte*: provvigione], in favore dell'odierna resistente, che, quale obbligazione di valore, è soggetta sia alla rivalutazione che al pagamento degli ulteriori interessi legali».

Ora, anche questo percorso argomentativo merita analisi critica.

Invero, la qualificazione dell'obbligazione del mediatore-mandatario come debito di valore (e il conseguente riconoscimento della necessità di rivalutarne l'ammontare alla data di decisione²⁵) è bensì coerente con l'affermata natura risarcitoria della stessa, ma è proprio quest'ultimo profilo che desta perplessità.

Se, infatti, si discorre di «restituzione della prestazione ricevuta, cioè del compenso per la mediazione», parrebbe opportuno riferirsi alla ripetizione dell'inde-

rapporti di collaborazione, è anche vero che tale "normale" assetto del rapporto può essere derogato dalle parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, ben potendo il procuratore, nel promuovere gli affari del suo mandante, svolgere attività utile anche nei confronti dell'altro contraente con piena consapevolezza e accettazione da parte di quest'ultimo. Di conseguenza, essendo il procuratore di affari figura atipica, i cui connotati, effetti e compatibilità, vanno individuati di volta in volta, con riguardo alla singola fattispecie, occorre avere riguardo, in materia, al concreto atteggiarsi del rapporto, e in particolare alla natura dell'attività svolta e agli accordi concretamente intercorsi con la parte che non abbia conferito l'incarico» (nello stesso senso, Id., Sez. III, 22 giugno 2007, n. 14582, *ivi*, 2007, 6).

²² Fermo restando, naturalmente, che, «affinché sorga il diritto del mediatore alla provvigione, è necessario che l'attività di mediazione sia da questi svolta in modo palese, e cioè rendendo note ai soggetti intermediati la propria qualità e la propria terzietà. Ove, per contro, il mediatore celi tale sua veste, presentandosi formalmente come mandatario di una delle parti (cosiddetta "mediazione occulta") egli non ha diritto alla provvigione» (così, Cass., Sez. III, 9 maggio 2008, n. 11521, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 5, 690).

²³ È noto infatti che la prova delle circostanze negative, benché in linea teorica possa ben dirsi data con la dimostrazione di fatti positivi inconciliabili (cfr., da ultimo, Cass., Sez. I, 1° aprile 2009, n. 7962, in *Guida Dir.*, 2009, 21, 77), sia sovente assai problematica.

²⁴ Non possono sussistere dubbi sul potere-dovere del giudice di qualificare giuridicamente l'azione e di attribuire al rapporto dedotto in giudizio il *nomen iuris* più appropriato, se del caso anche diverso da quello indicato dalle parti (v., in proposito, Cass., Sez. I, 10 dicembre 2008, n. 28986, in *Guida Dir.*, 2009, 7, 49).

²⁵ Vale la pena di ricordare che il debito di valore deve essere rivalutato dal giorno in cui si è verificato l'evento dannoso, al fine di ripristinare la situazione patrimoniale di cui il danneggiato godeva anteriormente. Nel contempo, il documento finanziario (lucro cessante) da lui subito a causa del ritardato conseguimento del relativo importo, che se corrisposto tempestivamente avrebbe potuto essere investito per lucrarne un vantaggio economico, può essere liquidato con la tecnica degli interessi, calcolati sulla somma originaria rivalutata anno per anno (sul punto, Cass., Sez. III, 7 luglio 2009, n. 15928, in *Giust. Civ. Mass.*, 2009, VII).

bito più che al risarcimento del danno. E l'obbligo di restituzione non può, in tal senso, che costituire debito di valuta, sul quale gravano senz'altro gli interessi legali, oltre all'eventuale maggior danno secondo le regole di cui all'art. 1224, comma 2, c.c.²⁶

Senonché, per inciso, la provvigione — nel sistema della mediazione atipica (ri)disegnata dalla Corte — andrebbe restituita a prescindere dall'accertamento della negligenza del mediatore-mandatario, giacché non potrebbe essere pretesa da altri se non dal mandante. Sì che il "terzo estraneo" potrebbe sempre rifiutarsi di versarla e, se lo avesse indebitamente fatto, potrebbe domandarne in ogni caso la restituzione ai sensi degli artt. 2033 e segg. c.c.

6. *Riflessioni conclusive. Diritti e doveri del mediatore.*

La decisione che si annota ha suscitato vive polemiche e finanche un po' di preoccupazione tra gli operatori del settore²⁷, in special modo a causa dell'inedita equiparazione della mediazione atipica al mandato e delle dirimenti conseguenze in ordine all'individuazione dei soggetti obbligati al pagamento della provvigione.

Ad ogni modo, di là dalle questioni problematiche sin qui sottolineate, può cogliersi nel provvedimento la conferma di una progressiva evoluzione nella determinazione dei confini della responsabilità originata dalla violazione di quanto disposto dall'art. 1759 c.c., a mente del quale il mediatore ha il dovere di comunicare alle parti le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare, che possano influire sulla sua conclusione.

Abbandonata definitivamente, infatti, l'originaria impostazione secondo cui l'interpretazione letterale della norma non potesse dar àdito a dubbi circa la

limitazione dell'obbligo di comunicazione alle circostanze effettivamente note²⁸, la responsabilità del mediatore va arricchendosi di nuovi contenuti.

In particolare, dall'obbligo di comportarsi in buona fede, fondato sulla clausola generale di correttezza di cui all'art. 1175 c.c., deve inferirsi il dovere di una corretta informazione nei confronti delle parti, che implica la comunicazione non soltanto delle circostanze note al mediatore, ma anche di quelle da lui conoscibili sulla base della diligenza qualificata di cui all'art. 1176, comma 2, c.c., vertendosi sicuramente in ipotesi di attività professionale (come peraltro è confermato dalla L. 3 febbraio 1989, n. 39). Dovere che assume intensità crescente in ragione di un duplice parametro: le caratteristiche dell'affare, da una parte, ed il livello di organizzazione del mediatore, dall'altra parte, nel senso che quanto più è complesso o peculiare l'affare e quanto più è organizzata la struttura facente capo al mediatore, tanto più deve essere elevato lo *standard* di diligenza riservato alle circostanze conoscibili²⁹.

Il che appare senz'altro condivisibile, se si considera che — in una società globale ed informatizzata qual è quella attuale — le modalità di comunicazione e le occasioni di connessione fra le persone risultano esponenzialmente moltiplicate rispetto al passato, sì che non è ulteriormente tollerabile la conservazione di una obsoleta concezione del mediatore quale mero strumento di "segnalazione" o "messa in contatto". Si impone, per contro, la valorizzazione del suo ruolo di professionista dotato di particolari requisiti di cultura e competenza, che lo stesso legislatore ha inteso assegnargli sin dal 1989 e che avvicinano la sua figura al prestatore d'opera intellettuale piuttosto che al procacciatore³⁰.

²⁶ La tematica del maggior danno nelle obbligazioni pecuniarie è stata recentemente puntualizzata da Cass., Sez. I, 3 giugno 2009, n. 12828, in *Guida Dir.*, 2009, 26, 57. Premesso che il debito di valuta non è suscettibile, in linea generale, di automatica rivalutazione per effetto del processo inflattivo della moneta, la decisione ha precisato che la rivalutazione monetaria può nondimeno essere riconosciuta quando il creditore alleggi e dimostri, ai sensi del comma 2 dell'art. 1224 c.c., l'esistenza del maggior danno derivato dalla mancata disponibilità della somma e non compensato dalla corresponsione degli interessi legali, maggior danno che può ritenersi esistente in via presuntiva in tutti i casi in cui, durante la mora, il saggio medio di rendimento netto dei titoli di Stato con scadenza non superiore a dodici mesi sia stato superiore al saggio degli interessi legali.

²⁷ Cfr., ad esempio, la circolare informativa dell'ottobre 2009, elaborata dalla federazione italiana mediatori agenti d'affari (F.I.M.A.A.), *Mediazione tipica e mediazione atipica: i nuovi profili di responsabilità delineati dalla pronuncia della Cassazione civile 14.07.2009 n. 16382*, reperibile all'indirizzo www.fmaacomo.it, che significativamente conclude suggerendo che, «stanti le rilevanti conseguenze che deriverebbero dall'applicazione dei principi sanciti nella sentenza in esame, pare necessario attendere ulteriori pronunce per verificare se alla stessa si uniformeranno le successive decisioni o se resterà una voce isolata».

²⁸ V., in tal senso, STOLFI, *op. cit.*, 37: «L'articolo in esame è esplicito nel delimitare la sfera della diligenza dovuta dal mediatore, disponendo che questi debba comunicare soltanto le circostanze a lui note relative alla valutazione e alla sicurezza dell'affare» (corsivo originale); MARINI, *op. cit.*, 135: «Le circostanze [...] che il mediatore ha l'obbligo di comunicare sono

soltanto quelle dallo stesso conosciute senza che possa ipotizzarsi un suo dovere di assumere informazioni per accertare l'esistenza o l'inesistenza delle circostanze o la veridicità delle informazioni che a sua volta abbia ricevuto»; DI CHIO, voce "Mediazione e mediatori", cit., 399: «Pacifica è l'affermazione che il mediatore ha comunque adempiuto all'obbligo di informazione anche limitandosi a trasmettere alle parti le informazioni così come le ha ricevute, senza cioè compiere particolari indagini sulla sicurezza dell'affare, sulla sua opportunità economica dal punto di vista tecnico o infine sull'effettiva veridicità e fondatezza dei fatti cui le informazioni si riferiscono».

²⁹ Cfr., sotto questo profilo, Cass., Sez. II, 22 marzo 2001, n. 4126, in *Contratti*, 2001, 885: «Nell'attuale sistema normativo, quale risulta delineato dalla L. 3 febbraio 1989, n. 39, il mediatore è un operatore specializzato e, come tale, è tenuto nello svolgimento della sua attività ad osservare la diligenza qualificata richiesta all'operatore professionale. Ne consegue che l'obbligo di informazione gravante sul mediatore ex art. 1759 c.c. comprende non soltanto l'obbligo di comunicare alle parti le circostanze a lui note, ma anche quelle conoscibili con l'uso della diligenza richiesta ad un operatore professionale. Il grado di diligenza richiesto al mediatore professionale deve essere commisurato sia alle caratteristiche dell'affare che al livello di organizzazione del mediatore. Pertanto, se "l'affare" presenta particolari caratteristiche, il mediatore è tenuto ad una più penetrante verifica degli elementi rilevanti sulla valutazione e sicurezza dell'affare, soprattutto se, potendo avvalersi di mezzi e di una organizzazione propria, può agevolmente procurarsene la conoscenza».

³⁰ Fermo restando che la figura atipica del procacciatore d'affari difetta, rispetto al mediatore, del presupposto dell'impar-

Dunque, è indubbiamente doveroso, per il mediatore, esaminare almeno il titolo di provenienza al fine di verificare l'effettiva titolarità del bene oggetto dell'affare³¹. Ma è parimenti opportuno, se vuole scongiurare il rischio di un addebito di responsabilità, che egli si prodighi in ulteriori indagini — oggigiorno, per il vero, rese assai più agevoli dalla tecnologia telematica — attinenti alla libertà del bene da iscrizioni, trascrizioni o comunque vincoli pregiudizievoli (estraendo le c.d. "visure catastali" e quelle ipotecarie)³², nonché alla solvibilità delle parti (consultando altresì il registro informatico dei protesti)³³.

GABRIELE CHIARINI

CONTRATTO DI ASSICURAZIONE

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 maggio 2009, n. 11706 — VARRONE *Presidente* — AMENDOLA *Relatore* — DESTRO *P.M.* (parz. conf.) — O. s.a.s. di B. L. (avv.ti Bianchi) - Capitalia s.p.a. (avv.ti Boazzelli) ed altri.

Cassa App. Roma, 26 febbraio 2004.

Assicurazione (Contratto di) — Assicurazione contro i danni — Furto — C.d. "appendice di vincolo" in favore del finanziatore della somma utilizzata per l'acquisto del bene — Collegamento tra contratto di assicurazione e contratto di finanziamento — Sussistenza — Conseguenze (C.c. artt. 1882, 1891).

La clausola del contratto di assicurazione che attribuisce al finanziatore della somma utilizzata per l'acquisto del bene assicurato il diritto di soddisfarsi, nel caso di furto, sull'eventuale indennità dovuta dall'assicuratore (c.d. appendice di vincolo) crea un collegamento tra il contratto di assicurazione ed il contratto di finanziamento che estende ad ognuno gli effetti della invalidità della sopravvenuta inefficacia o della risoluzione dell'altro, senza pregiudicare la loro autonomia ad ogni altro effetto; ne consegue che, in caso di furto della cosa acquistata con il finanziamento, il pagamento, in virtù dell'appendice di vincolo, dell'indennizzo al finanziatore ha l'effetto di ridurre il credito del finanziatore verso l'utilizzatore, che rimane obbligato per l'eccedenza, in base all'autonomo e distinto contratto di finanziamento e legittimato a contestare la correttezza della liquidazione della somma corrisposta (1).

 *Omissis.* — 4.1. Col terzo motivo O. s.a.s. deduce violazione degli artt. 1223, 1224 e 1891 cod. civ., art. 100 cod. proc. civ., ex art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per avere la Corte d'appello rigettato la richiesta di corresponsione degli interessi sulle somme dovute con decorrenza dalla domanda, sull'assunto della carenza di interesse della società a far valere tale censura, in base al disposto dell'art. 1891 cod. civ.

Evidenza per contro l'impugnante che l'*appendice di vincolo* crea un collegamento tra contratto di assicurazione e contratto di finanziamento, di modo che, in virtù di detto istituto, il pagamento ha l'effetto di ridurre il credito del finanziatore verso il finanziato, che resta comunque obbligato per l'eccedenza, donde il suo interesse a ottenere il risarcimento nella misura più elevata possibile. Rileva anche che, in ogni caso, il contratto concluso in concreto non si inquadra in quello previsto dall'art. 1891 cod. civ., che è contratto a favore di terzo, posto che la polizza stipulata con Assitalia garantiva, oltre che la Banca di Roma, anche O. s.a.s. essendo previsto un massimale di L. 300.000.000. Aggiunge che, essendo la quota di risarcimento da versarsi alla Banca di Roma pari a L. 100.000.000, la mancata attribuzione degli interessi dovuti su L. 92.000.000 impediva di sapere se vi fosse o meno un esubero sugli importi dovuti all'Istituto di credito, esubero che sarebbe in ogni caso di sua spettanza.

4.2. La doglianza è fondata.

Secondo la Corte territoriale O. s.a.s. sarebbe priva di interesse a far valere il preteso errore commesso dal primo giudice, consistente nel riconoscere gli interessi dalla data della sentenza e non da quella della domanda, perché, essendo stata la condanna disposta in favore di Banca di Roma s.p.a., quale terza beneficiaria del contratto di assicurazione, solo quest'ultima poteva dolersi di una diversa quantificazione del dovuto, ex art. 1891 cod. civ.

Senonché, quale che sia la veste assunta dalla Banca di Roma nella vicenda negoziale oggetto del giudizio — se cioè essa si sia *tout court* resa, acquirente dell'oro poi girato a O. o abbia semplicemente garantito il pagamento del prezzo da questa dovuto — non par dubbio che fino alla concorrenza dell'importo di L. 100 milioni, da essa corrisposto a Finorafafa e non recuperato dalle Compagnie assicuratrici, resta esposta O. s.a.s. Si ricorda in proposito che la clausola del contratto di assicurazione che attribuisce al finanziatore della somma utilizzata per l'acquisto del bene assicurato il diritto di soddisfarsi, nel caso di furto, sull'eventuale indennità dovuta dall'assicuratore (cosiddetta appendice di vincolo) crea un collegamento tra contratto di assicurazione e contratto di finanziamento che estende ad ognuno gli effetti della invalidità della sopravvenuta inefficacia o della risoluzione dell'altro senza pregiudicare la loro autonomia ad ogni altro effetto; ne consegue che, nel caso di furto della cosa acquistata con il finanziamento, il pagamento in virtù dell'appendice di vincolo, dell'indennizzo al finanziatore ha l'effetto di ridurre il credito di questi verso l'utilizzatore, il quale rimane tuttavia pur sempre obbligato per l'eccedenza, in base all'autonomo e distinto contratto di finanziamento (confr. Cass. civ. 26 ottobre 2004, n. 20743; 21 giugno 1995, n. 7021).

Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di merito, l'impugnante aveva, ed ha, pieno interesse a far valere l'erroneità della liquidazione degli interessi dalla

zialità, nel senso sopra precisato (v., in proposito, Cass., Sez. III, 16 dicembre 2005, n. 27729, cit.).

³¹ La stessa decisione in commento, del resto, aderisce alla posizione perentoriamente espressa dalla sentenza di secondo grado confermata: «Sul dovere professionale di esaminare il titolo di provenienza, prima di sottoporre come fattibile l'affare al pubblico, o anche al singolo interessato, non esistono dubbi».

³² Benché talvolta la giurisprudenza abbia specificato in *obiter* che il mediatore non sia tenuto, in difetto di un incarico particolare in proposito, a svolgere, nell'adempimento della sua prestazione, specifiche indagini di natura tecnico-giuridica come l'accertamento della libertà dell'immobile oggetto del trasferimento, mediante le cosiddette visure catastali ed ipote-

carie (così Cass., Sez. III, 24 ottobre 2003, n. 16009, in *Riv. Notar.*, 2004, 512, e Id., Sez. III, 8 maggio 2001, n. 6389, in *Danno e Resp.*, 2001, 795, sulla quale ultima v. tuttavia la nota che segue).

³³ Cfr. la citata Cass., Sez. III, 8 maggio 2001, n. 6389, che ha ritenuto sussistente la responsabilità del mediatore per i danni sofferti dal cliente in una fattispecie in cui «la grave situazione debitoria del venditore di un immobile non poteva sfuggire al mediatore sol che questi avesse esaminato i libri contabili della società di pertinenza del predetto venditore ed avesse consultato altresì il bollettino dei protesti, nell'ambito di una elementare attività di conoscenza di circostanze indispensabili per svolgere correttamente il ruolo di intermediario professionale».

data della sentenza, piuttosto che da quella della domanda: erroneità che va riconosciuta in ragione della naturale fecondità del denaro, che dà sempre utilità a chi se ne serve, e in applicazione del principio per cui la durata del processo non può andare a danno di chi ha ragione. — *Omissis*.

 (1) La controversia trae origine da una rapina, subita da una gioielleria, di una certa quantità di oro acquistata tramite finanziamento bancario. Il contratto di finanziamento era garantito da un'appendice di vincolo contenuta nel contratto di assicurazione stipulato dalla gioielleria. La compagnia assicuratrice risarciva direttamente la banca finanziatrice; la controversia giunge all'attenzione della suprema Corte per aver il giudice d'appello negato alla gioielleria l'interesse ad agire per far valere la corresponsione degli interessi sull'indennizzo dalla data della domanda anziché dalla data della sentenza. La suprema Corte cassa la sentenza di merito e, accogliendo l'ultimo motivo di censura, riafferma un'opinione costante e risalente alle sentenze citate in motivazione¹. Il supremo Collegio, in proposito, ricorda che il contratto di assicurazione e quello di finanziamento danno vita ad un collegamento negoziale per il tramite della clausola di appendice di vincolo contenuta nel primo. Trattasi di una clausola frequentemente utilizzata nei contratti di assicurazione contro i danni², in forza della quale gli eventuali indennizzi dovuti dall'assicurazione, al verificarsi di determinati eventi che riguardino il bene assicurato, possono essere corrisposti all'assicurato solo previo consenso del terzo vincolatario ovvero direttamente a quest'ultimo, anziché al titolare del bene, con efficacia fino al ripianamento dell'esposizione debitoria³. La Corte — sottolineando come il collegamento in parola rilevi solo sul piano dell'incidenza, su uno dei contratti col-

legati, delle vicende afferenti l'altro e, considerando che nel caso di specie non viene in discussione né la validità né l'efficacia di alcuno dei contratti — conclude per l'indipendenza dei contratti stessi nel senso che il contratto di finanziamento e quello di assicurazione sono due individualità, ciascuna delle quali mantiene la propria efficacia⁴. La conseguenza di tale affermazione è che il soggetto che ha finanziato l'operazione ha diritto al pagamento della somma da parte della compagnia grazie alla clausola negoziale dell'appendice di vincolo tra la polizza e il finanziamento. A riguardo va precisato che il soggetto finanziatore non assume la qualità di assicurato, posto che in suo favore non è stipulata l'intera polizza ma, in virtù di questa, egli può pretendere di percepire l'indennizzo in luogo dell'utilizzatore-contraente assicurato⁵. Quest'ultimo è a sua volta tenuto alla prestazione derivante dal contratto di finanziamento (nella specie al pagamento della differenza avendo l'assicuratore rispettato il vincolo nei rapporti col finanziatore), indipendentemente da quello di assicurazione, ma — in applicazione dei principi secondo cui «il danaro dà sempre utilità a chi se ne serve» e «la durata del processo non può danneggiare chi ha ragione» — l'assicurato può far valere l'errore nella liquidazione degli interessi ed ottenere «il risarcimento nella misura più elevata possibile»⁶.

Per altro verso la sentenza in rassegna suggerisce alcune riflessioni circa la natura dell'appendice di vincolo. In merito, la tesi preferita da una giurisprudenza alquanto risalente è quella che riconduce la fattispecie in parola alla tipologia del contratto a favore di terzo di cui all'art. 1411 c.c.⁷ Sempre per giurisprudenza sufficientemente pacifica, il collegamento tra due contratti può affermarsi solo qualora si riscontri «un profilo

¹ Cfr. Cass., 26 ottobre 2004, n. 20743, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2005, 987, e in *Contratti*, 2005, 5, 489; Id., 21 giugno 1995, n. 7021, in *Mass. Giur. It.*, 1995, in *Banca Borsa*, 1996, II, 376, con nota di LENER, e in *Riv. Circolaz. e Trasp.*, 1996, 757.

² Si discute, peraltro, sulla legittimità di tale clausola; sul punto cfr. CASTELLANO, *Le assicurazioni private*, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1970, 122, 150; VOLPE PUTZOLU, *Il contratto di assicurazione*, in *Tratt. Dir. Civ.* a cura di Rescigno, VIII, Torino, 1985, 107.

³ Sul concetto di «appendice di vincolo», DUSI, *Il vincolo convenzionale nel contratto di assicurazione*, in *Assicuraz.*, 1954, I, 345 e segg.; ALPA, *Clausole di vincolo dell'indennità assicurativa e pretese del fallimento. In margine ad una prassi negoziale*, in *Riv. Circolaz. e Trasp.*, 1980, 895 e segg.

⁴ In dottrina LA TORRE, *Le assicurazioni*, Milano, 2000, 19. Viene in considerazione il noto brocardo «*simul stabunt simul cadent*», che la giurisprudenza applica in materia di collegamento. Al riguardo, per ampi riferimenti bibliografici, si rinvia a CASCIO-ARGIROFFI, *Contratti misti e contratti collegati*, in *Enc. Giur. Treccani*, IX, Roma, 1988 e adde FERRANDO, *I contratti collegati*, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, *I contratti in generale*, III, Torino, 1991, 571 e segg.

⁵ Cfr. Cass., 26 ottobre 2004, n. 20743, cit., secondo cui non si rientra nello schema dell'assicurazione per conto altrui previsto dall'art. 1891 c.c. Secondo Cass., 5 novembre 2002, n. 15502, in *Giur. It.*, 2003, 5 — escludendo che il vincolo possa determinare «due distinte situazioni contrattuali (con il contraente assicurato e con il terzo ipotecario) diversamente regolate» —, l'azione promossa dal soggetto finanziatore contro l'assicuratore al fine di ottenere l'indennizzo è la medesima azione che avrebbe svolto il debitore assicurato e va qualificata come azione di adempimento contrattuale; il suo credito e la

sua azione soggiacciono, per quanto interessa, al termine prescrizione annuale previsto dall'art. 2952 c.c. Sul termine prescrizione breve nell'ambito delle assicurazioni sulla vita, v. anche Cass., 18 giugno 1998, n. 6062, in *Mass. Giur. It.*, 1998 e in *Corriere Giur.*, 1998, 8, 897, con nota di CARBONE, che ha formulato il principio secondo il quale la norma secondo la quale «il terzo acquista un diritto proprio ai vantaggi dell'assicurazione va intesa nel senso che il diritto all'indennità nasce in suo favore dal contratto, sì che egli può rivolgersi direttamente al promettente (assicuratore) per ottenere la prestazione, non già che il diritto del terzo beneficiario sia del tutto svincolato dalle clausole e dalle pattuizioni contenute nel contratto di assicurazione. Conseguenza che il diritto del terzo all'indennità si prescrive in un anno dal giorno in cui si è verificato il fatto su cui esso si fonda e non già nel termine ordinario di dieci anni».

⁶ Sulla naturale fecondità del denaro, Cass., 21 aprile 1999, n. 3944, in *Giust. Civ. Mass.*, 1999, 895.

⁷ Così Cass., 30 dicembre 1958, in *Assicuraz.*, 1959, II, 78; Id., 5 novembre 1959, n. 3273, in *Banca Borsa*, 1960, II, 40; Trib. Bari, 8 aprile 1993, in *Riv. Dir. Civ.*, 1995, 95 e segg., con nota di CHIONNA, *Il contratto di assicurazione contro i danni con clausola di vincolo tra assicurazione per conto altrui e assicurazione a favore di terzo*; Cass., 30 aprile 1981, n. 2649, in *Giur. It.*, 1982, I, 1, 559 e segg.; Id., 9 marzo 1973, n. 649, in *Giust. Civ.*, 1973, I, 1535 e segg. Si ammette l'utilizzo della fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. anche nel campo dei diritti reali: Cass., 27 gennaio 1992, n. 855, in *Repertorio Foro It.*, 1992, voce «Servitù», n. 20; Id., 28 novembre 1986, n. 7026, *ivi*, 1986, voce cit., n. 6; Id., 17 maggio 1982, n. 3058, *ivi*, 1983, voce «Contratto in genere», n. 288. Quanto alla dottrina, si rinvia a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 1987, 537.

oggettivo, costituito dal nesso teleologico tra i negozi [ed] un profilo soggettivo, costituito dal comune intento delle parti di volere non solo l'effetto tipico dei singoli negozi in concreto posti in essere, ma anche il collegamento ed il coordinamento di essi per la realizzazione di un fine ulteriore»⁸.

La ricostruzione di cui sopra ha invece trovato scarsa considerazione in dottrina per l'incertezza registratasi in ordine alla compatibilità del contratto a favore di terzo con la finalità dell'assicurazione contro danni⁹; la stessa dottrina, pertanto, propende per una qualificazione in termini di pegno di credito (avente ad oggetto l'indennizzo assicurativo con funzione rafforzativa delle disposizioni di cui agli artt. 572 c. nav. e 2742 c.c.)¹⁰, o cessione di credito¹¹.

Al di là delle perplessità, per l'orientamento prevalente la fattispecie di cui all'art. 1411 c.c. sembrerebbe suscettibile di applicazione generale: nello schema contrattuale che si viene a formare «lo stipulante è l'assicurato ed il vincolatario il beneficiario dell'indennizzo; l'eventuale sottoscrizione della polizza da parte di quest'ultimo si può intendere quale dichiarazione di voler profittare della pattuizione in suo favore. L'altra peculiarità, è che — proprio in quanto il contraente è il titolare dell'interesse assicurato ed il vincolo a favore del terzo non è perpetuo, ma subordinato al persistere dell'esposizione debitoria nei suoi confronti — una volta estinto il debito, il vincolo viene meno, senza che una tale sorte segua anche il contratto di assicurazione. Per altro verso, è la sola clausola in esame ad essere a favore del terzo e non l'intero contratto, di conseguenza, cessati gli effetti di detta clausola, esso non esaurisce, per ciò solo, la funzione che gli è propria: si assisterà dunque alla ricongiunzione nella medesima persona delle posizioni di contraente-assicurato e di beneficiario»¹².

PAOLA VALORE

DANNO DA ANIMALI

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 19 maggio 2009, n. 11570 — SENESE *Presidente* — UCCELLA *Relatore* — SCARDACCIONE *P.M.* (conf.) — Todisco (avv. ti Zaccagnini, Benecchi) - Giola (avv. Sciarrillo).

Responsabilità civile — Danno cagionato da animali — Prova liberatoria — Caso fortuito — Condotta colposa del danneggiato — Integrazione — Imprevedibilità — Necessità (C.c. art. 2052).

Il caso fortuito, la cui sussistenza manda esente da responsabilità il proprietario o l'utilizzatore dell'animale per il danno da questi cagionato, può essere integrato dalla condotta colposa del danneggiato caratterizzata da assoluta eccezionalità, imprevedibilità o inevitabilità, idonea ad assorbire interamente il nesso causale intercorrente tra il fatto dell'animale e l'evento dannoso. (Nella specie, la Corte ha rilevato che la circostanza che un anziano, per scendere gli scalini di accesso alla metropolitana, non lasci il corrimano di appoggio e passi vicino ad un cane che lo attacchi e lo faccia cadere, è condotta prevedibile, pertanto inidonea a costituire caso fortuito) (1).

 *Omissis.* — *Motivi:* 1. I due ricorsi vanno riuniti ex art. 335 c.p.c..

I due motivi del ricorso principale possono essere esaminati congiuntamente per la loro stretta interconnessione.

In sostanza, la ricorrente si duole che il giudice di appello abbia fatto malgoverno dell'art. 2052 c.c. anche in relazione al rapporto di causalità materiale e giuridico così come configurato dagli artt. 40 e 41 c.p., nonché sotto il profilo della motivazione.

2. Il ricorso va accolto.

2.1. È indubbio che la responsabilità ex art. 2052 c.c. è una responsabilità per colpa presunta *juris et de jure* a carico del proprietario o del possessore dell'animale che arrechi danni a terzi ed è, altresì, indubbio che, nel caso in esame, il giudice

⁸ Cass., 20 novembre 1992, n. 12401, in *Repertorio Foro It.*, 1992, voce "Contratto in genere", n. 172. Sul significato da attribuire alla "volontà" delle parti, si richiamano i contributi di GIORGIANNI, *Negozi giuridici collegati*, in *Riv. It. Sc. Giur.*, 1937, 334 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. Dir.*, VII, Milano, 1960, 380 e segg.; FERRANDO, *op. cit.*, 587 e segg.

⁹ Infatti, mentre la stipulazione di un contratto a favore di terzo è un'ipotesi espressamente prevista dalla legge nell'ambito delle assicurazioni sulla vita (art. 1920 c.c.), vi è ancora chi nutre qualche perplessità sulla ammissibilità di una stipulazione a favore del terzo nell'assicurazione contro danni. Così FANELLI, *Le assicurazioni*, in *Tratt. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Cicu, Messineo, Milano, 1973, XXXVI, 1; BUTTARO, voce "Assicurazione contro i danni", in *Enc. Dir.*, III, Milano, 1958, 160 e segg., il quale afferma che nelle assicurazioni contro i danni «si deve escludere la stessa possibilità di una separazione della figura del beneficiario da quella dell'assicurato, giacché, qualora fosse possibile attribuire ad un terzo non interessato un diritto proprio al pagamento dell'indennità, il contratto non adempirebbe più alla sua funzione». Funzione che viene ricondotta al cosiddetto principio indennitario, il quale richiede, a pena di nullità, quale presupposto essenziale del contratto, l'esistenza in capo al beneficiario dell'indennizzo di un interesse al risarcimento del danno (art. 1904 c.c.). Tale interesse designa in sostanza, secondo la dottrina, «la relazione economica tra un soggetto ed un bene esposto al rischio, in rapporto ad un evento, futuro e possibile, per lui dannoso» (LA TORRE, *op. cit.*, 141). Violerebbe

dunque, si dice, il principio indennitario il contratto di assicurazione, come quello a favore di terzi, che prevedesse la corresponsione di un'indennità ad un soggetto, diverso dal contraente e dall'assicurato, che non sia titolare dell'interesse esposto al rischio.

¹⁰ La norma disciplina la «surrogazione dell'indennità alla cosa», per l'ipotesi di perimento del bene soggetto a privilegio, pegno o ipoteca. Sul rafforzamento del vincolo a favore del creditore da riscontrarsi nella diretta spettanza a quest'ultimo dell'indennizzo v. DUSTI, *op. cit.*, 359 e, pur se criticamente, BERLINGERI, *Note sulla clausola di vincolo dell'indennità assicurativa in favore del creditore ipotecario*, in *Dir. Maritt.*, 1964, 298. Sulla qualificazione in termini di pegno di credito della fattispecie di cui all'art. 2742 c.c. cfr. G. CASTELLANO, *Vendita a rate, assicurazione del credito e vincolo dell'indennità a favore del terzo*, in *Studi in onore di A. Donati*, II, Roma, 1970, 139 e segg.; G. SCALFI, voce "Assicurazione (contratto di)", in *Digesto Comm.*, I, Torino, 1987, 352; FANELLI, *op. cit.*, 435, nota 276. Quanto alla giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 25 settembre 1978, in *Banca Borsa*, 1982, II, 178 e segg. e Cass., 30 aprile 1981, n. 2649, in *Giur. It.*, 1982, I, 554.

¹¹ Vede attuato detto rafforzamento a mezzo di cessione di credito Trib. Genova, 4 settembre 1987, in *Assicuraz.*, 1988, II, 2, 78, con nota adesiva di S. FERRARINI, *Sul vincolo della indennità assicurativa a favore del creditore avente ipoteca sulla nave*.

¹² LENER, "Appendice di vincolo" nei contratti assicurativi e collegamento negoziale: uno pseudo-problema, in *Banca Borsa*, 1996, II, 376.

del merito ha escluso ogni responsabilità del Giola, rinvenendo nell'accaduto il caso fortuito.

La responsabilità esclusiva della Todisco è stata ritenuta perché (è sul punto la sentenza impugnata trascrive la motivazione del primo giudice, che condivide) ella non poteva non avvedersi del cane legato alla barriera di ingresso della metropolitana ed aveva agevoli e valide alternative idonee a scongiurare l'eventualità di accadimenti dannosi (p. 9 sentenza impugnata), ossia lasciare il corrimano su cui si era poggiata, stante "la larghezza della scala di accesso, che notoriamente è sufficiente a consentire la contemporanea discesa e salita degli utenti", per cui "la Todisco del tutto agevolmente poteva compiere la discesa alla stazione della metropolitana evitando qualsiasi possibilità di contatto con l'animale di proprietà del convenuto, mantenendosi ad una distanza "di sicurezza" dall'animale" (p. 8 sentenza impugnata).

Ed, inoltre, il giudice di appello sottolinea che il cane era legato alla balaustra d'ingresso della metropolitana dal lato esterno sul marciapiede e non dal lato interno sulla scala (p. 10 sentenza impugnata) e che solo la disattenzione della ricorrente o la volontà di non lasciare il corrimano abbia provocato la caduta, per cui il balzo del cane verso la donna, balzo che non provocò alcuna lesione, ma sfiorò solo la donna stessa, non sarebbe stata se non l'occasione, ma non la causa dell'infortunio.

Così ricostruita la vicenda, la stessa è stata ritenuta integrare il caso fortuito, con effetti liberatori dalla responsabilità ex art. 2052 c.c. (Cass. n. 1400/83).

Il comportamento della Todisco, ritenuto quanto meno imprudente, avrebbe assorbito l'intero rapporto causale: ella si sarebbe esposta al rischio, non lasciando il corrimano, di essere sfiorata dal cane, pur avendo l'attuale ricorrente valide alternative.

L'accertamento in fatto compiuto dal giudice del merito ha consentito allo stesso di attribuire la esclusiva responsabilità dell'occorso alla danneggiata ed escludere così del tutto la colpa del proprietario, in questo caso, del cane, che era di piccola taglia e legato al guinzaglio di circa 90 cm.

2.2. Questa motivazione non risulta — ritiene il Collegio — appagante né sotto il profilo logico né sotto il profilo giuridico.

Essa, infatti, non regge sotto il profilo logico perché attribuire ad una persona, per giunta anziana — all'epoca del fatto aveva 81 anni — di non essersela sentita di lasciare il corrimano per accedere alla stazione della metropolitana, per cui avrebbe provocato la reazione del cane e di aver ritenuto di passare vicino ad un cagnolino, senza mettere nel conto una possibile reazione dello stesso non costituisce affatto una eccezionalità rispetto a quello che è la normalità ed, anzi, proprio la circostanza che il cane fosse di piccola taglia giova a favore dell'affidamento posto in esso dalla ricorrente nel passargli vicino e non lasciare il corrimano, particolarmente utile per ognuno, ma soprattutto per una donna avanzata negli anni come già all'epoca ella era.

Né la motivazione regge sotto il profilo giuridico perché imputare la responsabilità esclusiva dell'evento dannoso a queste "omissioni" (ma che omissioni non sono, quanto atto di prudenza per evitare cadute l'appoggiarsi sul corrimano, idoneo strumento per evitare cadute dovute a qualsiasi causa o atto di sana indifferenza di fronte ad un cagnolino il passargli vicino) al punto di ritenerlo caso fortuito escludente

ogni responsabilità del proprietario del cane significa riconoscere gli estremi del fortuito, che sono opposti a quelli configurati nella sentenza impugnata.

È, infatti, indubbio che per la rottura del nesso causale tra quella situazione creatasi e l'evento pregiudizievole che ebbe a verificarsi occorre che la condotta del danneggiato si qualifichi per uno dei connotati idonei ad integrare il caso fortuito, ossia l'inevitabilità, l'imprevedibilità o l'assoluta eccezionalità (Cass. n. 12307/98) e tali connotati, per come ricostruita la vicenda dalla stessa Corte territoriale, non si possono ritenere sussistenti nella condotta della Todisco.

Il ricorso, dunque, va accolto e il giudice del rinvio dovrà attenersi al seguente principio di diritto:

"Non è configurabile il caso fortuito, cioè il caso imprevedibile, inevitabile o assolutamente eccezionale, idoneo ad escludere la responsabilità del proprietario (o dell'utilizzatore) dell'animale nella ipotesi in cui il danneggiato, specie di età avanzata, per scendere gli scalini, onde accedere alla stazione della metropolitana, non lasci il corrimano di appoggio e passi vicino ad un cane, che lo attacchi e lo faccia cadere, anche se il cane sia legato alla barriera di ingresso della metropolitana stessa mediante guinzaglio e il proprietario si sia allontanato". — *Omissis*.



(1) La pronuncia in commento, adottata in riforma delle sentenze dei precedenti gradi di giudizio, si focalizza sulla condotta colposa del danneggiato che, rivestendo gli estremi del caso fortuito, è in grado di esonerare dalla responsabilità derivante dall'art. 2052 c.c.¹

La figura di illecito ivi disciplinata era presente nel diritto romano già prima dell'emanazione della *Lex Aquilia*: il proprietario dell'animale che aveva cagionato il danno era infatti tenuto a risarcire il danneggiato — il quale poteva esperire l'*actio de pauperie*² o l'*actio de pastu*³ — anche cedendo a questi la bestia viva⁴.

Significativa, sul punto — anche successivamente all'entrata in vigore della *Lex Aquilia* — era la riconducibilità del danno al soggetto senza riferimenti al profilo della colpa, elemento di novità nella codificazione giustiniana⁵.

Il codice del 1865, all'art. 1154, recepì l'analogia figura di illecito presente nel *code civil* all'art. 1385: in entrambe le disposizioni la colpa non era menzionata, ma la giurisprudenza si era pacificamente orientata nel porla a fondamento della responsabilità.

L'art. 2052 del codice vigente ha introdotto nell'istituto la prova liberatoria costituita dal caso fortuito, peraltro già costantemente impiegato dalle Corti sia di merito che di legittimità.

Anche la giurisprudenza⁶ relativa a tale ultima disposizione per diverso tempo ha ritenuto che a fondamento della responsabilità per il danno da animali vi fosse la colpa, affermando la sussistenza di una presunzione di colpa *iuris et de iure*, o quantomeno *iuris tantum*, a carico del proprietario o dell'utilizzatore dell'animale.

L'orientamento citato, inoltre, era dell'avviso che la

¹ In *subiecta materia*, v. da ultimo Cass., 19 giugno 2008, n. 16637, in *Giur. It.*, 2009, 867. Cfr. anche GLIATTA, *La responsabilità del proprietario-utente di animale per danno cagionato a terzi*, in *La responsabilità civile*, 2008, 7, 608.

² In caso di danno cagionato da animale domestico con atti contrari alla sua natura.

³ Ove il danno fosse stato patito dal proprietario di un fondo a causa del pascolo abusivo dell'animale.

⁴ FRANZONI, *Dei fatti illeciti*, in *Comm. C.C.* a cura di Scialoja, Branca, IV, *Delle obbligazioni* a cura di Galgano, Bologna-

Roma, 1993, 604, rileva l'altissima funzione satisfattoria di tale forma di risarcimento, in quanto l'animale, nel contesto dell'economia agricola di Roma nei primi secoli della Repubblica, era uno strumento di produzione.

⁵ FRANZONI, *op. cit.*, sottolinea che l'evoluzione in chiave soggettiva portò sino all'assurdità del diritto intermedio di poter convenire in giudizio l'animale.

⁶ Cfr., *ex plurimis*, Cass., 16 novembre 1955, n. 3745, in *Mass. Foro It.*, 1955; Id., 9 dicembre 1970, n. 2615, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1971, 322.

nozione di caso fortuito consistesse nella prova indiretta dell'assenza di colpa⁷, ovvero che la custodia fosse stata diligente.

Tale visione implicava la considerazione dell'art. 2052 alla stregua di sanzione per mancanze o distrazioni nello svolgimento della custodia: il criterio di imputazione veniva dunque ad esser costituito dal requisito soggettivo della diligenza nella custodia, determinandosi in tal modo un restringimento della sfera del rischio a carico del proprietario dell'animale o di chi se ne serve⁸, allargandola proporzionalmente in pregiudizio della collettività⁹.

A ben vedere, però, il termine custodia viene impiegato nel testo della norma quale sinonimo di disponibilità di fatto dell'animale, in contrapposizione alle situazioni di smarrimento e fuga, proprio per sottolineare la sua irrilevanza rispetto alla fattispecie in tal modo costruita, attesa la sussistenza della responsabilità anche in relazione ad animali incustoditi¹⁰.

Tale ipotesi di responsabilità va allora correttamente correlata al rapporto di utenza, concetto ben più ampio rispetto alla custodia, ed il criterio di imputazione deve ritenersi che consista nel mero fatto di esser proprietario o, alternativamente, di servirsi dell'animale.

La giurisprudenza è gradualmente pervenuta a tali approdi¹¹, giungendo a fondare la responsabilità ai sensi dell'art. 2052 c.c. esclusivamente sul principio *cuius commoda, eius et incommoda*: ha trovato in tal modo soddisfacimento l'esigenza sociale di far soppor-

tare i danni procurati dagli animali a chi da questi ne trae vantaggio, allocandone in tale maniera i costi¹².

La norma collega dunque la responsabilità alla sussistenza di un nesso eziologico tra il fatto dell'animale e l'evento dannoso, nonché all'accertamento di un rapporto di proprietà o, alternativamente, di utenza dell'animale in capo al convenuto¹³, il quale si può liberare solamente con la prova del caso fortuito — vero limite della responsabilità — che non attiene ad un comportamento del responsabile, ma alle modalità di causazione del danno.

La disposizione in esame dunque è fortemente strutturata su criteri di tipo oggettivo¹⁴, ed è oramai pacificamente ritenuta ipotesi di responsabilità oggettiva¹⁵ anche dalla giurisprudenza¹⁶ che però, come nella decisione in commento, continua a far largo ricorso, ingiustificatamente, alle presunzioni legali di colpa¹⁷.

Chi attribuisce ancora un fondamento soggettivo a tale ipotesi di responsabilità ritiene anche che la nozione di caso fortuito¹⁸ debba avere ad oggetto la prova indiretta dell'assenza di colpa¹⁹, da fornirsi però con la dimostrazione dell'intervento di un fatto determinato, atipico ed imprevedibile, che abbia impedito al soggetto di usare le cautele richieste dalle circostanze o abbia frustrato quelle già adottate.

Ma tale nozione di fortuito non può che essere intesa oggettivamente²⁰, in quanto consegue ad un fatto positivo dotato dei requisiti dell'atipicità e dell'imprevedibilità, consistendo la prova nell'interruzione del nesso eziologico²¹, ovvero nella dimostrazione — da parte

⁷ ZIVIZ, *Il danno cagionato da animali*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1990, 71, riporta le critiche all'impostazione soggettivista, basate sulla considerazione che la *littera legis* dispone che solo la prova del fortuito abbia effetti liberatori, non la dimostrazione dell'assenza di colpa, e sull'impossibilità di operare una distinzione tra presunzione assoluta di colpa e responsabilità oggettiva.

⁸ Ritiene che l'insorgere della responsabilità sia dovuto al mancato esercizio del dovere di custodia anche FALINI, *Nota a Trib. Cagliari*, 27 dicembre 2001, in *Riv. Giur. Sarda*, 2003, 74.

⁹ CITARELLA, *La nozione di caso fortuito nella responsabilità ex art. 2052 c.c.* (nota a *Trib. Roma* 27 marzo 1997), in *Resp. Civ. e Prev.*, 1997, 1, 1218.

¹⁰ ZIVIZ, *op. cit.*, 72.

¹¹ V. Cass., 30 marzo 2001, n. 4742, in *Nuova Giur. Comm.*, 2002, 412; Id., 4 dicembre 1998, n. 12307, in *Mass.*, 1998, e in *Rep. Giur. It.*, 1998, voce "Responsabilità civile", n. 177, e *ivi*, 1999, voce "Responsabilità civile", n. 214; Id., 23 novembre 1998, n. 11861, in *Giur. It.*, 1999, 2048, in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce "Responsabilità civile", n. 225.

¹² Contra, BIANCA, *La responsabilità*, *Diritto Civile*, V, 1994, 724, il quale ritiene invece che non possa più parlarsi di sfruttamento e che la responsabilità sia collegata esclusivamente alla custodia, basandosi sull'assunto che i casi di danni ex art. 2052, comunque sporadici, siano per la maggior parte cagionati da animali di compagnia.

¹³ Cass., 23 gennaio 2006, n. 1210, in *Mass. Giur. It.*, 2006, e in *Rep. Giur. It.*, 2006, voce "Responsabilità civile", n. 226.

¹⁴ RESTA, *Danno cagionato da animali*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1996, 136.

¹⁵ In dottrina, tra gli altri, cfr. ALPA-BESSONE-ZENO ZENCovich, *I fatti illeciti*, in *Trattato di diritto privato* a cura di Rescigno, *Obbligazioni e Contratti*, 14, VI, 2^a ed., Torino, 357 e segg.; ARIU, *Il caso fortuito nell'art. 2052 c.c.: natura e limiti della responsabilità per il danno cagionato da animali*, in *Riv. Giur. Sarda*, 2002, 400. In senso contrario BIANCA, *op. cit.*, 726, che sostiene la sussistenza della presunzione legale di colpa in capo

al custode, ritenendo la responsabilità in parola ipotesi di responsabilità aggravata per colpa presunta, ovvero per presunta violazione del dovere di custodia.

¹⁶ V. *ex pluribus*, Cass., 4 dicembre 1998, n. 12307, cit.

¹⁷ Ha rilevato tale discrasia RESTA, *op. cit.*, 145. In giurisprudenza, Pretura Forlì, 19 febbraio 1986, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1986, 178, con nota di SCALFI, ha acutamente osservato che «la giurisprudenza scrive ancora in termini di colpa, ma ragiona in termini di responsabilità oggettiva». V. anche VISCA, in nota a Cass., 23 novembre 1998, n. 11861, in *Giust. Civ.*, 1999, 7-8, 2108. Sul punto cfr. anche ALPA, *Trattato di diritto civile, La responsabilità civile*, IV, 702, Milano, il quale, nonostante ritenga l'art. 2052 un'ipotesi di responsabilità oggettiva, afferma la sussistenza di una presunzione di colpa a carico del proprietario.

¹⁸ ALPA, *op. cit.*, 334, annovera il caso fortuito tra le esimenti (al pari del fatto del terzo e della causa ignota) che escludono la responsabilità per ragioni dipendenti dalla costruzione del nesso causale. Lo stesso, inoltre, rilevato che i requisiti del fortuito sono la straordinarietà, l'eccezionalità e l'invincibilità — ma non l'imprevedibilità «perché possono darsi eventi prevedibili assolutamente inevitabili» — ritiene essere di responsabilità oggettiva tutte le ipotesi in cui si menziona il limite del fortuito, perché il soggetto tenuto al risarcimento non può limitarsi a dimostrare di aver fatto tutto il possibile per limitare il danno, ma dovrà ad ogni costo rispondere se non dimostra l'esistenza del fortuito o di altra circostanza idonea ad interrompere il nesso di causalità. Sul caso fortuito v. anche FIGONE, *Il caso fortuito negli artt. 2051 e 2052 cod. civ.*, in *Nuova Giur. Comm.*, 1985, II, 350; nonché MONATERI, *La responsabilità civile*, 3, *Le fonti delle obbligazioni*, in *Trattato di diritto civile* a cura di Sacco, Torino, 1066 e segg.

¹⁹ Ancora BIANCA, *op. cit.*, 727.

²⁰ Cfr., Cass., 13 maggio 1999, 4752, in *Mass.*, 1999, in *Arch. Giur. Circolaz.*, 2000, 352, e in *Rep. Giur. It.*, 1999, voce "Responsabilità civile", n. 216; Id., 23 novembre 1998, n. 11861, cit.

²¹ FRANZONI, *L'illecito*, in *Trattato della responsabilità civile* a cura di Franzoni, I, 472, Milano, 2004. V. anche CARUSI, *La*

del proprietario o dell'utente — dell'esistenza di un evento imprevedibile, straordinario ed inevitabile, tale da escludere ogni incidenza causale tra il controllo dell'utente ed il fatto dannoso dell'animale.

Nella nozione di fortuito²² rientra, oltre al fatto del terzo²³, anche il fatto del danneggiato²⁴, che si ritiene abbia efficacia liberatoria solo quando sia di per sé in grado di assorbire il rapporto causale nella sua interezza, ovvero consista in una condotta cosciente che, esponendo il danneggiato al rischio, si inserisca in detto rapporto con forza determinante²⁵, con efficacia causale esclusiva²⁶ nella produzione del danno.

Nella pronuncia in oggetto, riprendendo i giudici del merito sia sul versante del profilo logico quanto su quello giuridico della motivazione, la suprema Corte ha ribadito, sulla scia tracciata da copiosi arresti sul punto, la necessità che il fortuito abbia i connotati dell'assoluta imprevedibilità, dell'inevitabilità o dell'eccezionalità anche nei casi di colpa del danneggiato²⁷.

Pertanto, la prevedibilità della condotta del soggetto danneggiato nella sentenza in commento, inidonea a costituire caso fortuito, non è in grado di mandare esente da responsabilità il convenuto, proprietario dell'animale.

FRANCESCO BRUSCHINI

LOCAZIONE DI IMMOBILI NON ABITATIVI

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 20 aprile 2009, n. 9353 — VARRONE *Presidente* — FEDERICO *Relatore* — IANNELLI P.M. (conf.) — Pellegrino ed altri (avv. De Tilla) - Cimmino (avv.ti Stanizzi, Indolfi).

Cassa con rinvio App. Napoli, 11 gennaio 2005.

Immobili urbani — Locazione — Disciplina delle locazioni di immobili urbani — Immobili adibiti ad uso diverso da quello di abitazione — Indennità per la perdita dell'avviamento — Domanda di risarcimento del maggior danno da tardiva consegna dell'immobile locato — Presupposti — Adempimento dell'obbligo di pagamento (C.c. artt. 1460, 1591; L. 27 luglio 1978, n. 392, artt. 27, 34).

responsabilità e il danno, in *Diritto civile* a cura di Lipari, Rescigno, IV, *Attuazione e tutela dei diritti*, III, 482, Milano.

²² Secondo Cass., 6 gennaio 1983, n. 75, in *Giur. It.*, 1983, I, 1481, non costituisce caso fortuito il danno cagionato dall'impulso inusuale della bestia, né per Cass., 7 settembre 1966, n. 2333, in *Giur. It.*, 1967, I, 1, 1245, sussistono gli estremi del fortuito nel caso di imbroccamento dell'animale. App. Caltanissetta, 12 marzo 1970, *ivi*, 1971, I, 2, 459, ritiene che gli impulsi propri della natura degli animali non possono essere considerati casi fortuiti, anche se siano imprevedibili ed impensabili, atteso che gli animali conservano un fondo di selvatichezza che, a volte, determina manifestazioni incoercibili, espressioni della loro natura.

²³ V. Cass., 19 giugno 2008, n. 16637, cit.

²⁴ CENDON, in *Commentario al codice civile*, Milano, 2008, 984, ritiene che il fatto del danneggiato, per avere effetti liberatori, debba consistere in un comportamento cosciente ed inconsueto, che esponga il danneggiato al rischio. In giurisprudenza, Trib. Roma, 27 marzo 1997, in *Resp. Civ. e Prev.*, 1997, 1, 1215,

Nella locazione di immobili urbani adibiti ad uso diverso da quello di abitazione, tra il diritto del locatore al risarcimento del maggior danno da ritardata consegna dell'immobile locato e l'adempimento dell'obbligo su questi gravante di pagamento al conduttore dell'indennità per la perdita dell'avviamento, esiste un rapporto di reciproca interdipendenza; ne consegue che, chiesto dal locatore il risarcimento del suddetto maggior danno, il giudice deve verificare anche d'ufficio se l'attore abbia adempiuto o offerto di adempiere l'obbligo di pagamento della suddetta indennità, non occorrendo a tal fine una formale eccezione sollevata da parte conduttrice (1).



Omissis. — 2. Il primo motivo è, invece, fondato. Secondo l'art. 34 c. 3 della legge n. 392/78, l'esecuzione del provvedimento di rilascio è condizionata all'avvenuta corresponsione dell'indennità per la perdita dell'avviamento commerciale.

Tale disposizione deve essere interpretata, secondo l'indirizzo giurisprudenziale di questa Corte, nel senso che, venuto a cessare il contratto di locazione di immobile adibito ad uso diverso da quello abitativo, tra le reciproche obbligazioni a carico dei contraenti (di riconsegna dell'immobile per il conduttore e di pagamento dell'indennità d'avviamento per il locatore) si è venuta a creare un rapporto di reciproca interdipendenza che rende la prima inesigibile in caso di difetto di contemporaneo adempimento o di offerta di adempimento dell'obbligazione dell'altra parte (Cass. n. 1930/2003): con la conseguenza che il conduttore che, alla scadenza del contratto, rifiuta la riconsegna dell'immobile, in attesa che il locatore gli corrisponda la dovuta indennità per la perdita dell'avviamento, resta obbligato al solo pagamento del corrispettivo pattuito per la locazione, e non anche al risarcimento del maggior danno ex art. 1591 c.c. (v. Cass. SS.UU. 15.11.2000, n. 1177).

Infatti, l'obbligo di risarcire il maggior danno presuppone la mora del conduttore a restituire la cosa locata, ma il medesimo non può essere ritenuto in mora sino a tanto che non gli sia stata pagata l'indennità d'avviamento.

Deriva necessariamente da questa interpretazione del dettato del citato art. 34 della legge n. 392 del 1978 che, nelle locazioni di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo, l'indagine del giudice di merito sulle concrete modalità d'attuazione di quel rapporto d'interdipendenza tra le obbligazioni del locatore e del conduttore, nell'occasione in cui si discuta dell'esecuzione di un provvedimento di rilascio ovvero di altre questioni ad esse connesse (quale, appunto, il richiesto risarcimento del maggior danno, ai sensi dell'art. 1591 c.c., in conseguenza dell'asserita mora del conduttore nella restituzione dell'immobile locato), debba essere svolta d'ufficio, anche indipendentemente da una eccezione in sen-

anche in *Rep. Giur. It.*, 1998, voce "Responsabilità civile", n. 179.

²⁵ Cass., 19 marzo 2007, n. 6454, in *Diritto e giurisprudenza agraria, alimentare e dell'ambiente*, 2008, 558, con nota di CIRMATTI, anche in *Rep. Giur. It.*, 2007, voce "Responsabilità civile", n. 268, e *ivi*, 2008, voce "Responsabilità civile", n. 384; Id., 23 febbraio 1983, n. 1400, in *Resp. Civ.*, 1982, 632; cfr. altresì Id., 18 novembre 1974, n. 3686, in *Arch. Civ.*, 1975, 158.

²⁶ Si rileva che nel caso in cui la colpa del danneggiato non sia tale da elidere il nesso causale, si avrà una riduzione nella misura del risarcimento: v. Cass., 19 marzo 2007, n. 6454, cit.

²⁷ Per lo stesso principio, non ritiene liberatorio il fatto del terzo allorché prevedibile Trib. Verona, 26 aprile 1979, in *Giur. It.*, 1980, I, II, 272. Cfr. anche App. Roma, 14 maggio 2008, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "Responsabilità civile", n. 389; Trib. Genova, 6 maggio 2008, *ibid.*, voce "Responsabilità civile", n. 393; Trib. Chieti, 4 luglio 2007, *ivi*, 2007, voce "Responsabilità civile", n. 278; Trib. Perugia, 10 gennaio 2006, *ivi*, 2006, voce "Responsabilità civile", n. 273.

so formale, da parte del conduttore, che faccia valere in modo espresso la suddetta subordinazione dell'esecuzione alla corresponsione dell'indennità d'avviamento, bastando all'uopo la semplice contestazione, anche generica, della pretesa fatta valere *ex adverso*.

Ed è pacifico che nel caso di specie gli odierni ricorrenti abbiano resistito alla domanda di risarcimento danni per ritardata restituzione dell'immobile, avendo impugnato la domanda ed avendone richiesto il rigetto, come ammesso dalla stessa controparte.

3. L'accoglimento del primo motivo comporta l'assorbimento del secondo motivo. — *Omissis*.

 (1) La suprema Corte, facendo propri i precedenti orientamenti¹, ribadisce che, in materia di locazione di immobili adibiti ad uso diverso da quello abitativo, il conduttore è esonerato dal risarcimento *ex art.* 1591 c.c. per il diniego di riconsegnare l'immobile allorquando il locatore non corrisponda l'indennità di avviamento commerciale dovuta.

Segnatamente, in tema di danni da ritardato rilascio dell'immobile, si discuteva, in ordine alla sussistenza, o meno, di una sorta di *ius retentionis* in capo al conduttore che, dopo la scadenza contrattuale, non riconsegnasse il bene già locatogli in attesa del pagamento dell'indennità. La giurisprudenza di legittimità, infatti, aveva dovuto raccordare la previsione della legge speciale, che condiziona il rilascio coattivo all'intervenuto versamento dell'indennità di avviamento, con il principio secondo il quale, il ritardo, nella riconsegna del bene locato, quand'anche fosse spirato il termine naturale previsto per la scadenza del contratto, non avrebbe comunque ostacolato la continuazione di fatto del rapporto. Era stato in effetti ipotizzato che, in qualche modo, per la funzione assoluta di facilitare il reperimento di altra localizzazione, il versamento (o l'offerta) dell'indennità, dovesse precedere il rilascio coattivo; l'odierna decisione pare invece privilegiare la contestualità dei due adempimenti².

Nel caso di specie, la Corte nega la sussistenza di una vera e propria *mora restituendi* in capo all'ex conduttore che attenda la corresponsione dell'indennità di avviamento.

Va poi evidenziato come la soluzione fornita poggia sostanzialmente su due profili connessi. Da un lato, infatti, la interdipendenza tra le due obbligazioni (indennità e riconsegna) rende ognuna di esse inesigibile in assenza della contemporanea offerta dell'altra, e, quindi, legittimo il ricorso all'eccezione di inadempimento *ex art.* 1460 c.c. Dall'altro, il dovere di comportarsi secondo buona fede, che discende dalla previsio-

ne dell'art. 1375 c.c., consente di sanzionare il tentativo di sottrarsi all'adempimento della propria obbligazione.

In altri termini, in mancanza del pagamento o dell'offerta dell'indennità di avviamento, il conduttore legittimamente può rifiutare la riconsegna e continuare a utilizzare il bene versando solo il canone precedentemente dovuto³. Per contro il locatore, proprio per aver assunto l'iniziativa di pretendere il rilascio, potrà, provandolo, ottenere il risarcimento del maggior danno *ex art.* 1591 c.c. solo dopo aver versato o almeno offerto l'indennità, se dovuta. Competerà, pertanto, ai giudici di merito, in ossequio al dovuto comportamento di buona fede, valutare la serietà e la correttezza delle reciproche offerte di adempimento eventualmente effettuate dai contraenti.

Tuttavia nella causa sull'esecuzione dell'ordine di rilasciare l'immobile, con "l'aggravante" del maggior danno, il giudice di merito procede *ex officio* ad accertare le modalità di adempimento delle reciproche obbligazioni fra le parti, non essendo, in tal senso, necessaria un'eccezione formale con la quale il conduttore faccia valere la subordinazione del rilascio dell'immobile alla corresponsione dell'avviamento, bastando all'uopo la semplice contestazione della pretesa *ex adverso* dedotta⁴.

MINUTA DEL CONTRATTO

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 4 febbraio 2009, n. 2720 — CARNEVALE *Presidente* — PANZANI *Relatore* — PATRONE *P.M.* (conf.) — B.D. (avv.ti D'Alessandro, Gatti) - B.P.F. (avv.ti Di Guida, Iannotta).

Obbligazioni e contratti — Conclusione del contratto — Minuta o puntuazione del contratto — Notazione — Volontà delle parti — Interpretazione — Criteri previsti dagli artt. 1362 e segg. c.c. (C.c. artt. 1326, 1362).

Obbligazioni e contratti — Interpretazione — Valutazione del comportamento complessivo (C.c. artt. 1362, 1363).

Ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosi ravvisare la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali e ancorché riportati in

¹ Cfr. *ex plurimis*, Cass., Sez. un., 15 novembre 2000, n. 1177, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 2000, 579, con commento di GUIDA; per un'analoga interpretazione cfr. anche Id., 29 ottobre 1993, n. 10784, in *Foro It.*, 1994, I, 2451.

² La funzione dell'indennità risulta, va rammentato, indirizzata anche al reperimento di una sistemazione alternativa dovendo la stessa contemporaneamente salvaguardare la conservazione delle imprese tutelate attraverso il mantenimento della clientela (Corte cost., 5 maggio 1983, n. 128, in *Foro It.*, 1983, I, 1497).

³ Per una attenta disamina sul punto cfr. CARRATO, *Brevi appunti sui rapporti tra l'obbligo di corresponsione dell'indennità di avviamento in capo al locatore e il diritto di proporre opposizione all'esecuzione da parte del conduttore*, in *Rassegna delle locazioni e del condominio*, 200, 403.

⁴ Il profilo della liquidazione dei danni *ex art.* 1591 c.c., nel settore degli immobili adibiti ad uso di abitazione, è stato oggetto di intervento anche da parte della Corte cost., 9 novembre 2000, n. 482, in *Corriere Giur.*, 2001, I, 36, con nota di GROVE, in virtù della previsione normativa dell'art. 6, L. 9 dicembre 1998, n. 431. Sul punto v. anche Cass., 23 giugno 1999, n. 6406, in *Foro It.*, 1999, I, 3545; va rilevato come la giurisprudenza di merito, *in subiecta materia*, sembri orientata, nonostante la pronuncia del giudice delle leggi, a ritenere comunque "di fatto" sospesa, nei centri ad alta tensione abitativa, l'esecuzione degli sfratti, con conseguente limitazione del danno dovuto al 20% del canone legalmente corrisposto. Sulla scorta dei dati forniti dai giudici di legittimità ante legge n. 431/1998, sembra anticipare tale interpretazione SERVELLO, nella nota alla stessa decisione della Corte cost., in *Leggi civ. comm.*, 2001, 36.

apposito documento (cosiddetta minuta o puntazione) risulti rimessa a un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori. Anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale — del resto — può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto, il cui accertamento nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli art. 1362 e segg. c.c. è rimesso alla valutazione del giudice del merito (1).

Nell'interpretazione del contratto l'elemento letterale assume funzione fondamentale, ma la valutazione del complessivo comportamento delle parti non costituisce un canone sussidiario, bensì un parametro necessario e indefettibile, in quanto le singole espressioni letterali devono essere inquadrare nella clausola, questa deve essere raccordata alle altre clausole e al complesso dell'atto e l'atto deve essere esaminato valutando il complessivo comportamento delle parti. In questa progressiva dilatazione degli elementi dell'interpretazione può assumere rilievo anche il comportamento delle parti posteriore alla conclusione del contratto, ma deve trattarsi di un comportamento convergente (e tale può essere anche un comportamento unilaterale che sia accettato dall'altra parte contrattuale, eventualmente anche tacitamente) in quanto come è comune la intenzione delle parti, quale fondamentale canone di interpretazione, comune deve essere il comportamento quale parametro di valutazione della suddetta intenzione (2).

 **Omissis.** — **Motivi:** Con il primo motivo il ricorrente deduce contraddittorietà della motivazione e violazione dell'art. 1362 c.c. e segg. in ordine alla pretesa natura contrattuale della "lettera d'intenti" 19.7.88. Lamenta che la Corte d'appello, nel ritenere il carattere contrattuale e vincolante della scrittura in parola, si sia richiamata a due distinti orientamenti giurisprudenziali che sarebbero tra loro in rapporto di reciproca esclusione: da un lato alla giurisprudenza di questa Corte che ritiene che il giudice di merito possa riqualificare il contratto quando il *nomen iuris* ad esso dato dalle parti sia in contrasto con il suo effettivo contenuto, dall'altro all'orientamento che stabilisce la presunzione della natura contrattuale dei documenti che stabiliscono con completezza il contenuto di un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo.

Nell'applicare il primo orientamento al caso di specie la Corte di merito sarebbe incorsa in una petizione di principio, perché quell'orientamento presupporrebbe che il contratto sia valido come tale e solo vi sia incertezza sulla disciplina di riferimento, in ordine al tipo applicabile. In questo caso invece i giudici di appello avrebbero dato per dimostrato ciò che era da dimostrare, vale a dire la natura contrattuale, svalutando il dato che le stesse parti avevano qualificato il documento come mera "lettera d'intenti".

Quanto al secondo orientamento, espresso da Cass. 30.3.1994, n. 3158, in forza del quale la redazione di un documento sottoscritto dalle parti e contenente la regolamentazione completa, nelle clausole essenziali ed accessorie, di un assetto d'interessi negoziale, costituisce presunzione semplice di perfezionamento contrattuale, la Corte di merito non avrebbe considerato che esso presuppone che vi sia incertezza sulla vincolatività che le parti intendano attribuire al documento sottoscritto, incertezza che nel caso di specie non sussisterebbe posto che le stesse parti avevano espressamente definito l'atto come "lettera d'intenti", con ciò dimostrando di volergli attribuire natura meramente preparatoria.

Con il secondo motivo il ricorrente lamenta la violazione dell'art. 1362 c.c. ed in genere delle norme e principi basilari

in tema di contratti in ordine alla pretesa natura contrattuale della lettera d'intenti 19.7.88 nonché difetto e contraddittorietà di motivazione.

Richiama Cass. 27.11.1984, n. 6168, secondo la quale il giudice può prescindere dal *nomen iuris* dato dalle parti al contratto soltanto quando quest'ultimo manchi di chiarezza, univocità e precisione. Nel caso di specie le parti avevano chiaramente usato l'espressione "lettera d'intenti" per escludere il carattere vincolante dell'accordo. Ricorda il ricorrente che le norme sull'interpretazione dei contratti sono ordinate secondo un vincolo gerarchico, per cui le norme strettamente interpretative di cui agli artt. 1362-1365 c.c., precedono nella loro applicazione gli artt. 1366-1371 che dettano regole integrative e sussidiarie. Non può farsi ricorso a tali regole quando l'interpretazione letterale del testo contrattuale ai sensi dell'art. 1362 c.c. secondo la connessione logica delle parole e delle locuzioni impiegate univocamente rivela il comune intento delle parti. Occorrerebbe applicare il fondamentale principio *in claris non fit interpretatio*, per cui non sarebbe dato ricercare un significato diverso da quello letterale in base a criteri ermeneutici differenti da quelli stabiliti dall'art. 1362 c.c., comma 1, e senza aver dato ragione dell'insufficienza o dell'equivocità delle espressioni usate dalle parti. A ciò non avrebbe provveduto la Corte d'appello.

Ad avviso del ricorrente gli argomenti utilizzati dalla Corte di merito per sostenere la natura contrattuale della scrittura (presenza di una clausola compromissoria, assenza della dichiarazione delle parti di non volersi obbligare, l'esistenza di un principio di esecuzione) sarebbero poco persuasivi.

Agli arbitri era demandato il compito di "rendere operativa la lettera d'intenti", con ciò significando, diversamente da quanto ritenuto dalla Corte, che era loro affidato il compito di appianare le divergenze che si sarebbero potute presentare nel prosieguo delle trattative fino alla redazione del contratto definitivo.

La dichiarazione di non volersi obbligare non sarebbe requisito che debba figurare in un documento perché si possa parlare di mera puntazione. Sarebbe invece rilevante sotto questo profilo l'impiego dell'espressione "lettera d'intenti", che equivale a dichiarare di non volersi obbligare.

Nel valutare il principio di esecuzione del contratto la Corte avrebbe fatto riferimento al parametro indicato dall'art. 1362 c.c., comma 2, cui sarebbe legittimo far ricorso soltanto in caso di insufficienza del parametro letterale.

La stipula dei preliminari da parte del Bo., relativamente ai terreni di sua proprietà ed alle quote della s.a.s. Alessandro Borghese, e l'acquisto delle quote dei germani del Bo., non costituirebbero indici di esecuzione del contratto.

La stipula dei due preliminari non rappresenterebbe oggetto d'obbligazioni ai sensi della lettera d'intenti. L'impegno ad acquistare inoltre era stato assunto dalla s.r.l. A.C.P. e non dal B. Tali atti erano anteriori alla stipula del presunto contratto ed ancora avevano natura di contratti preliminari. In aggiunta sarebbe assurdo che le parti avessero da un lato stipulato dei preliminari, relativamente agli impegni di vendita del Bo., e dall'altra non avessero subordinato gli obblighi derivanti dalla lettera d'intenti ad alcuna condizione.

Si sottolinea inoltre, con rilievo ripreso nel motivo, che la lettera d'intenti faceva riferimento all'impegno a cedere "alla società" il venti per cento del capitale della società o delle società che si fossero rese acquirenti dei terreni e della partecipazione azionaria del Bo., con ciò prevedendo una generica indicazione del terzo beneficiario del contratto, che proprio in ragione della sua genericità sarebbe nulla.

Aggiunge il ricorrente che la convenzione del 19.7.1983 non poteva che essere vista come un atto con natura preparatoria perché in essa vi erano due fasi: la prima diretta all'acquisizione da parte del B. delle proprietà del Bo. e dei suoi familiari, mentre la seconda, considerata dalle parti soltanto eventuale, avrebbe mirato a consentire al Bo. di partecipare, attraverso un rapporto associativo con il B., allo sfruttamento del compendio immobiliare. La prima fase era necessaria, la seconda presupponeva la prima, che tuttavia poteva avere un significato compiuto in sé, essendo auto-

ma e non dipendendo dall'altra. Con il terzo motivo il ricorrente deduce difetto e contraddittorietà della motivazione in ordine all'accertamento da parte della Corte d'appello dell'inadempimento del B. agli obblighi assunti con la lettera d'intenti. L'assetto negoziale contenuto negli accordi sarebbe rappresentato, come già s'è detto, dal trasferimento al B. della proprietà immobiliare e delle quote della s.a.s. Alessandro Borghese di pertinenza di quest'ultimo e della famiglia, a fronte del quale il B. sarebbe stato tenuto a far acquistare al Bo., o meglio ad una società a lui facente capo, il 20% delle quote della società o delle società intestatarie dei terreni.

La mancata cessione ad A.C.P. da parte del Bo. delle quote e dei terreni di sua proprietà avrebbe fatto venir meno la ragione del trasferimento al Bo. stesso della quota della società acquirente.

Non sarebbe in ogni caso possibile ricostruire in termini sinallagmatici il rapporto tra le due fasi dell'operazione negoziale perché ciascuna delle due fasi avrebbe al suo interno autonoma e perfetta struttura sinallagmatica. Tuttavia, anche accedendo alla ricostruzione in questi termini effettuata dalla Corte d'appello, il B. non potrebbe in ogni caso esser considerato inadempiente, essendo il Bo. inadempiente ai contratti preliminari.

Considerando invece in termini separati le due fasi, il ricorrente sottolinea che il Bo. non aveva mai versato il prezzo di 370.000.000 pattuito a fronte della promessa compravendita delle quote A.C.P., sì che comunque non vi sarebbe stato inadempimento.

Quanto al termine del 31.10.88, il ricorrente sottolinea che nel preliminare avente ad oggetto la cessione dei terreni di proprietà del Bo. era previsto tale termine e che il trasferimento dei terreni e delle quote della s.a.s., pattuito con due distinti preliminari, prevedeva un unico corrispettivo di 370 milioni, sì che tale termine doveva valere anche per il trasferimento delle quote della s.a.s. Alessandro Borghese.

I due contratti preliminari prevedevano dunque il medesimo termine essenziale, come del resto ha riconosciuto anche la Corte d'appello.

Dall'inosservanza del termine essenziale deriverebbe la risoluzione di diritto del contratto ex art. 1457 c.c., salvo che la parte nel cui interesse è previsto il termine esiga l'adempimento entro tre giorni dalla scadenza del termine, evento che non si sarebbe verificato. La diffida ad adempiere notificata dal Bo. al B. il 16.7.1998, di quasi dieci anni successiva, non potrebbe rilevare perché i preliminari erano intercorsi tra il Bo. e la soc. A.C.P., mentre la diffida era stata inviata al B. persona fisica. Essa inoltre prevedeva prestazioni in parte difforme da quelle oggetto del preliminare.

La Corte d'appello ha affermato che la comunicazione del Bo. al notaio Antonelli, consulente dei fratelli, già il 27.7.1988 dell'avvenuta cessione dei terreni di sua proprietà e delle quote ai B., costituiva un sostanziale adempimento agli impegni assunti.

Osserva il ricorrente che la comunicazione in parola aveva carattere strumentale, perché era diretta ad incentivare i fratelli e le sorelle Bo. a cedere a loro volta le proprie quote della "Bo.Al." al B., tale comunicazione però non poteva costituire adempimento degli impegni assunti perché in nessun modo dai preliminari derivava un'obbligazione di trasferimento dei terreni e delle quote attinenti ai membri della famiglia Bo.

Aggiunge che l'indifferenza del Bo. alla stipulazione dei contratti definitivi era dimostrata anche dalla lettera 14.12.1990 con cui il R. comunicava al dott. Br. che i precedenti accordi si erano svuotati nella sostanza e nel contenuto. La Corte avrebbe errato nel qualificare lo scambio di corrispondenza tra il Br. ed il R. come una proposta di modifica degli accordi precedentemente intercorsi da parte del Br. e come legittimo rifiuto del Bo. di aderire a tale modifica delle condizioni contrattuali. Occorrerebbe invece attribuire alla proposta del Br. il significato che il B. considerava i vecchi accordi ormai scaduti per l'avvenuto decorso del termine e ne proponeva di nuovi. Erroneamente la Corte avrebbe per-

tanto ritenuto che il B. avesse sollecitato il Bo. al rispetto degli obblighi assunti, se d'altra parte ciò il B. avesse fatto, non avrebbe potuto essere considerato inadempiente.

Con il quarto motivo il ricorrente deduce la violazione degli artt. 2343, 2476, 1418, 1343, 1344 c.c., nonché difetto di motivazione in ordine alla nullità delle plurime convenzioni collegate per violazione delle norme imperative sui conferimenti in natura o per frode alle medesime. Il risultato sostanziale al quale le parti miravano era uno scambio con cui Bo. trasferiva ad A.C.P. quote e terreni e dall'altro riceveva quote di partecipazione alla stessa A.C.P. Ne derivava un conferimento in natura in società di capitali che, ai sensi dell'art. 2343 c.c., doveva essere attuato secondo le speciali modalità previste dalla norma, sotto pena altrimenti di nullità.

Con il quinto motivo il ricorrente deduce ancora violazione delle norme sulla validità dei contratti e difetto e contraddittorietà della motivazione. La Corte di appello non si sarebbe avveduta che la lettera d'intenti del 19.7.88 era nulla per assoluta indeterminabilità di un elemento essenziale. La scrittura prevedeva che beneficiaria della prestazione dovuta dal B. fosse una società, non meglio definita e non individuata dalle parti né nella scrittura né negli atti successivi. La nullità dell'accordo a favore del terzo non poteva in alcun modo essere sanata, come aveva invece ritenuto la Corte d'appello, con la sostituzione del Bo. al terzo non indicato perché altrimenti ne sarebbe stata stravolta l'originaria volontà delle parti.

2. I primi due motivi possono essere esaminati congiuntamente in quanto connessi. Essi non sono fondati.

Secondo la consolidata giurisprudenza di questa Corte, ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, non potendosene ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento (cosiddetta "minuta" o "puntuazione"), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori, con la precisazione che, anche in presenza del completo ordinamento di un determinato assetto negoziale, può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto, il cui accertamento, nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui all'art. 1362 c.c. e segg. è rimesso alla valutazione del giudice di merito, incensurabile in Cassazione ove sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici (Cass. 20.6.2006, n. 14267; Cass. 18.1.2005 n. 910). Si è peraltro precisato, proprio in tema di minuta o di puntuazione del contratto, che qualora l'intesa raggiunta dalle parti abbia ad oggetto un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto, l'accertamento del quale è riservato all'apprezzamento del giudice di merito e non è sindacabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione — non è configurabile un impegno con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio, dovendo ritenersi formata la volontà attuale di un accordo contrattuale (Cass. 7.4.2004 n. 6871).

Ne deriva che la valutazione se le parti abbiano raggiunto un accordo giuridicamente vincolante o abbiano soltanto steso la bozza (c.d. minuta o puntuazione) di un futuro accordo, come tale giuridicamente non vincolante, è rimessa al giudice di merito, la cui valutazione è insindacabile purché adeguatamente motivata. E in tale valutazione, secondo l'insegnamento di questa Suprema Corte, ben può il giudice far riferimento ai criteri interpretativi del contratto dettati dagli artt. 1362 c.c. e segg. e senza che possa dedursi in contrario che tali norme sono limitate a regolare l'interpretazione di un accordo di cui sia certo il carattere negozialmente vincolante e non possono essere utilizzate per stabilire se, prima ancora, si sia di fronte ad un impegno vincolante per le parti o ad una mera bozza di una futura regolamentazione d'interessi. In proposito sarà sufficiente osservare che i criteri offerti dal legislatore negli artt. 1362 c.c. e segg. mirano anzitutto a

consentire la ricostruzione della volontà delle parti e che siffatta operazione non assume carattere diverso quando sia questione, invece che di stabilirne il contenuto, di verificare anzitutto se le parti abbiano inteso esprimere un assetto d'interessi giuridicamente vincolante.

D'altra parte non appare fondata la censura con cui il ricorrente lamenta che la Corte di merito sia incorsa in una petizione di principio nell'argomentare dalla giurisprudenza di questa Corte che ha affermato che il giudice non è vincolato al *nomen iuris* indicato dalle parti al momento della stipulazione del negozio, perché nel qualificare come giuridicamente vincolante la scrittura del 19.7.88, nonostante che le parti l'avessero definita "lettera d'intenti", avrebbe dato per dimostrato ciò che dovevasi dimostrare, vale a dire il carattere vincolante dell'accordo. In proposito infatti la Corte d'appello ha argomentato da molteplici elementi (*in primis* il contrasto tra il *nomen iuris* adottato e il contenuto negoziale sufficientemente definito ed immediatamente vincolante per le parti), il che esclude che essa sia incorsa nella ricordata petizione di principio. Va poi sottolineato che la Corte di merito, dopo aver premesso che in linea di principio l'espressione "lettera d'intenti" individua uno strumento di tecnica negoziale cui le parti fanno ricorso per ottenere una documentazione dello svolgimento delle trattative e la fissazione degli elementi già concordati di un futuro negozio, pur in difetto di un vincolo negoziale vincolante, ha aggiunto che tale generica definizione è poco significativa nel caso di specie, perché occorre non già stabilire quale fosse in generale il significato dell'espressione "lettera d'intenti", ma verificare quale fosse stata la volontà delle parti nel caso in esame.

La Corte d'appello, quindi, con metodologia assolutamente condivisibile e corrispondente all'orientamento giurisprudenziale di questa Corte in precedenza citato, è giunta a ritenere che, nonostante l'espressione fuorviante utilizzata nella definizione del tipo di documento, nella scrittura del 19.7.88 le parti avevano raggiunto un accordo negoziale vincolante, perfetto in tutti i suoi elementi essenziali.

Va poi aggiunto che la censura del ricorrente è inammissibile là dove lamenta che la Corte di appello abbia qualificato come vincolante la scrittura, nonostante l'espressione "lettera d'intenti" applicando la giurisprudenza di questa Corte (Cass. 30.3.1994, n. 3158) che ha ritenuto che sussista una presunzione della natura contrattuale dei documenti che stabiliscono con completezza il contenuto di un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo. Dice il ricorrente che tale giurisprudenza sarebbe applicabile quando il tenore del testo negoziale sia di incerta interpretazione, ipotesi che non ricorrerebbe nel caso in esame, stante il tenore evidente dell'espressione "lettera d'intenti". È peraltro chiaro che in questo modo il ricorrente pretende di sostituire la propria valutazione a quella espressa dalla Corte di merito, con conseguente inammissibilità di questo profilo del motivo.

Più in generale (e qui si perviene all'esame del secondo motivo di ricorso) il ricorrente insiste sul tenore del titolo della scrittura del 19.7.88 per contestarne l'interpretazione, in contrasto con il significato letterale di tale espressione "lettera d'intenti") lamentando la violazione da parte della Corte d'appello dell'ordine con cui dovrebbero essere applicati i canoni interpretativi offerti dagli artt. 1362 e ss. c.c. Si sottolinea allora, la violazione della regola *in claris non fit interpretatio* e del principio fondamentale dettato dall'art. 1362 c.c., comma 1, per cui in primo luogo occorre far riferimento al tenore letterale del contratto.

In proposito è sufficiente osservare che la Corte d'appello non ha di per se stesso disatteso il *nomen iuris* del contratto, ma in quanto (cfr. p. 18 della sentenza impugnata) esso, comparato con l'assetto d'interessi emergente dal tenore della scrittura, mancava di chiarezza, univocità, precisione. Con ciò i giudici di appello hanno fatto corretta applicazione del principio per cui la volontà negoziale va valutata con riferimento alla disciplina complessiva dettata dalle parti e le clausole negoziali vanno interpretate le une per mezzo delle altre (cfr. art. 1363 c.c.), sì che da solo poco rilevava il tenore

letterale del titolo della scrittura confrontato con la complessiva disciplina negoziale in essa dettata. Né può ritenersi che la Corte d'appello non abbia dato ragione dell'insufficienza o dell'equivocità delle espressioni usate dalle parti, perché essa ha argomentato dal contrasto tra l'espressione "lettera d'intenti" e la disciplina complessiva dettata dalle parti nella scrittura privata, che esulava dalla funzione di una mera lettera d'intenti.

Il ricorrente contesta che siano significativi gli elementi sui quali la Corte d'appello ha ritenuto di fondare il carattere giuridicamente vincolante della scrittura, vale a dire la presenza di una clausola compromissoria nel corpo del contratto, l'assenza di una dichiarazione delle parti di non volersi obbligare, la circostanza che la scrittura avrebbe trovato un principio di esecuzione.

Secondo il ricorrente dal fatto che la clausola compromissoria demandava agli arbitri di "rendere operativa la lettera d'intenti" si doveva desumere che tale lettera operativa non era e dunque che essa non aveva carattere vincolante.

In realtà in proposito la Corte di appello ha adeguatamente argomentato dal fatto che agli arbitri viene di regola demandato l'incarico di risolvere divergenze in ordine ad un rapporto preconstituito in tutti i suoi elementi. Tale rilievo non è privo di logicità. Se infatti le parti avessero inteso attribuire a persone di loro fiducia l'incarico di completare gli accordi contrattuali ancora non compiutamente definiti, sarebbe stato incongruo procedere alla nomina di arbitri. La figura di un arbitro, infatti, presuppone una controversia in ordine a diritti già esistenti, sì che la sua previsione è elemento che indica chiaramente che le parti ritenevano già vincolante l'accordo raggiunto e pensavano che eventuali difficoltà di esecuzione dovessero essere risolte con l'intervento delle figure arbitrali.

Del resto la Corte d'appello ha sottolineato che, anche ammettendo che i soggetti nominati dovessero svolgere le funzioni di arbitratori rispetto ad un accordo ancora non completamente concluso, ugualmente tale accordo il cui oggetto sarebbe stato da determinare in parte, ma in base alla stessa disciplina contrattuale avrebbe avuto carattere giuridicamente vincolante. Si può invece convenire con il ricorrente nell'osservare che il secondo elemento evidenziato dalla Corte di appello, la mancata previsione di una clausola che escludesse il carattere vincolante della scrittura, è scarsamente significativo.

La Corte d'appello ha argomentato dalla giurisprudenza dello Stato di New York ed ha quindi applicato criteri elaborati dai giudici americani con riferimento ad una diversa realtà contrattuale ed ordinamentale, che non trova riscontro nell'esperienza contrattualistica italiana. Va peraltro aggiunto che l'argomento in parola non ha particolare rilevanza nella motivazione dei giudici di appello sì che la sua mancata considerazione non implica, di per se stessa, il raggiungimento di conclusioni differenti.

Per quanto concerne l'inizio di esecuzione del contratto il ricorrente contesta anzitutto che se ne possa tener conto, perché il riferimento al comportamento delle parti sarebbe possibile soltanto quando il tenore letterale del documento sia equivoco od insufficiente. Sul punto peraltro già si è osservato che la Corte di merito ha argomentato proprio dal contrasto tra la disciplina complessivamente dettata dall'accordo ed il tenore letterale dell'espressione "lettera d'intenti", giustificando con tale contrasto il ricorso a criteri d'interpretazione non letterali.

Più in generale questa Corte ha più volte affermato che nell'interpretazione del contratto l'elemento letterale assume funzione fondamentale, ma la valutazione del complessivo comportamento delle parti non costituisce un canone sussidiario bensì un parametro necessario e indefettibile in quanto le singole espressioni letterali devono essere inquadrate nella clausola, questa deve essere raccordata alle altre clausole e al complesso dell'atto e l'atto deve essere esaminato valutando il complessivo comportamento delle parti. In questa progressiva dilatazione degli elementi dell'interpretazione può assumere rilievo anche il comportamento delle

parti posteriore alla conclusione del contratto, ma deve trattarsi di un comportamento convergente (e tale può essere anche un comportamento unilaterale che sia accettato dall'altra parte contrattuale, eventualmente anche tacitamente) in quanto come è "comune" l'intenzione delle parti, quale fondamentale parametro di interpretazione, "comune" deve essere il comportamento quale parametro strumentale di valutazione delle suddetta intenzione (Cass. 13.8.2001, n. 11089; Cass. 28.3.2006, n. 7083; Cass. 9.2.2007, n. 2901).

Osserva il ricorrente che la stipula dei due preliminari con cui il Bo. si obbligava a cedere i terreni di sua proprietà e le quote di sua spettanza della s.a.s. Alessandro Borghese non costituirebbe esecuzione dell'accordo del 19.7.88, perché ad essi non si fa riferimento nella lettera d'intenti come ad obbligazioni.

Tale rilievo è peraltro privo di fondamento. Correttamente la Corte ha considerato i due preliminari come posti in essere in esecuzione dell'accordo, sia perché espressamente citati nella scrittura, sia perché, diversamente, il Bo. non avrebbe avuto alcun interesse ad impegnarsi a trasferire i beni di sua proprietà al B. Tale interesse derivava, invece, dall'impegno che il B. assumeva con la scrittura del 19.7.88 a trasferire a sua volta al Bo. il 20% delle quote della società destinata a divenire titolare dell'intero compendio immobiliare di (*Omissis*).

Né appare rilevante che i preliminari fossero stati sottoscritti da un terzo, la società A.C.P., e non dal B. personalmente, perché la Corte d'appello ha dato atto che la A.C.P. era una società controllata dal B., come pure controllata dal B. sarebbe stata la società che si sarebbe resa acquirente delle quote della s.a.s. Alessandro Borghese, sia di quelle direttamente provenienti dal Bo. sia di quelle facenti capo alla sua famiglia.

Resta da esaminare un ulteriore censura d'illogicità della motivazione sollevata dal ricorrente, che afferma che la Corte di merito non si sarebbe avveduta che sarebbe stato inverosimile che le parti avessero sottoscritto un mero impegno alla futura ed eventuale stipula dei contratti definitivi di trasferimento, corredandolo di condizioni risolutive e termini essenziali, mentre con riguardo alla fase successiva, relativa all'attribuzione al Bo. del 20% della società acquirente, avrebbero inteso invece impegnarsi immediatamente, senza adottare un meccanismo idoneo a subordinare l'efficacia di tale accordo al previo adempimento dei preliminari. Ne deriverebbe che l'intento delle parti era semplicemente quello di predisporre alcuni elementi del contenuto di un futuro accordo negoziale. La tesi ora esposta non vale ad individuare un profilo d'illogicità della motivazione della sentenza impugnata perché da un lato, come risulta dalla stessa, i due preliminari erano richiamati nel testo della scrittura del 19.7.88, sì che essi facevano parte dell'intero regolamento contrattuale; dall'altro il programma negoziale complessivamente individuato dalla sentenza impugnata era rappresentato dalla cessione da parte del Bo. al B. dei terreni e delle quote di sua spettanza della s.a.s. Alessandro Borghese, condizionato a che il B. si rendesse acquirente delle restanti quote della s.a.s. dagli altri membri della famiglia Bo., e nell'impegno del B. di consentire al Bo. di ottenere in luogo nel prezzo che gli veniva corrisposto per quote e terreni, il 20% della società che sarebbe risultata intestataria dell'intera proprietà del comprensorio immobiliare, società che il B. si impegnava a finanziare con un apporto di L. 3.400.000.000.

Ora mentre il trasferimento dei terreni e delle quote da parte del Bo. alla A.C.P. s.r.l. controllata dal B. richiedeva la fissazione di un termine per la sua esecuzione, perché legato anche alla cessione delle ulteriori quote della s.a.s. da parte degli altri membri della famiglia Bo., gli ulteriori atti, che implicavano il trasferimento della partecipazione del 20% dal B. al Bo. non avevano necessità di essere ulteriormente condizionati, posto che gli eventuali ostacoli all'attuazione del programma negoziale si ponevano a monte di tale trasferimento, secondo il programma predisposto dalle parti, e non a valle. Vale piuttosto l'opposta osservazione: non

avrebbe avuto senso che la scrittura del 19.7.88 non fosse vincolante per le parti, mentre certamente lo erano i preliminari stipulati dal Bo. con la A.C.P., posto che tali atti facevano parte di un unico programma negoziale. Ciò è contestato dal ricorrente che afferma che, mentre la fase uno del programma, cioè il trasferimento dei terreni e delle quote della s.a.s., ivi comprese quelle intestate ai familiari del Bo., era un atto essenziale, non sarebbe stato vero il contrario, perché la prima fase poteva anche rimanere autonoma, senza necessità di passare alla seconda. In senso contrario, tuttavia, sta la circostanza, debitamente sottolineata dalla Corte di appello, che i preliminari erano citati nella scrittura del 19.7.88 e che il Bo. in tanto si era determinato alle cessioni, in quanto poteva divenire titolare del 20% delle quote della società futura titolare dell'intero compendio immobiliare. — *Omissis*.

(1) Accordo "incompleto" e conclusione del contratto

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Formazione progressiva del consenso tra responsabilità precontrattuale e responsabilità per inadempimento. Il valore delle intese parziali. — 3. Il rilievo delle norme in tema di interpretazione. — 4. Conclusioni.

1. Il caso.

La vicenda sottesa alla decisione che si annota, oltre ad apparire particolarmente significativa in relazione all'impiego, da parte dei giudici di legittimità, dei canoni ermeneutici al fine di valutare l'avvenuta conclusione o meno di un contratto, costituisce altresì l'occasione per individuare le principali problematiche connesse al fenomeno della formazione progressiva del consenso. Questione che finisce per assumere notevole rilievo soprattutto con riferimento a quegli accordi preparatori che, confinati all'interno della responsabilità precontrattuale in quanto proiezione del generale dovere di buona fede richiesto nello svolgimento delle trattative, "ambiscano" in realtà a rappresentare un vero e proprio impegno giuridico al rispetto degli impegni assunti, sebbene caratterizzati da una strutturale incompletezza nei contenuti.

Il caso concreto è incentrato sul valore da attribuire ad un accordo, denominato dalle parti "lettera d'intenti", con il quale Tizio si obbliga ad acquistare, attraverso la costituenda società Alfa da lui controllata, alcuni terreni appartenenti ai congiunti di Caio, nonché delle quote della società Beta da questi possedute. Lo stesso accordo prevede, inoltre, la successiva partecipazione di Caio all'interno della società Alfa, attraverso la cessione di terreni propri e di una quota di partecipazione della stessa società Beta.

Nei fatti, Tizio procede effettivamente alla costituzione della società Alfa e alla conseguente acquisizione dei beni di proprietà dei congiunti di Caio. È tuttavia la seconda fase dell'accordo ad essere disattesa da parte di Tizio, il quale pone in essere la fusione tra le società Alfa e Beta (invero della società oggetto di sua trasformazione) e non provvede a dotare la società Alfa delle somme necessarie per l'acquisto dei terreni, né a corrispondere a Caio il compenso pattuito per la sua opera professionale, mirata a valorizzare il comprensorio di cui facevano parte i terreni oggetto dell'accordo. Caio conviene in giudizio Tizio, al fine di far accertare l'inadempimento di quest'ultimo agli obblighi assunti e la conseguente condanna al risarcimento dei

danni. Caio eccipisce tra l'altro che l'accordo raggiunto è da ritenersi integrativo di altri patti raggiunti in pari data e condizionato al raggiungimento dell'ulteriore intesa con i congiunti di Caio.

Il Tribunale, nel riconoscere la fondatezza delle pretese attoree, rileva l'avvenuta conclusione del contratto, confermata successivamente dalla Corte d'appello la quale, nel disattendere la qualificazione dell'accordo in termini di lettera di intenti, rileva la compiutezza del programma negoziale anche in considerazione della clausola compromissoria presente nell'intesa la quale, demandando ad arbitri la risoluzione di controversie relative ad un rapporto già insorto, ne presuppone l'attuale vincolatività. Singolare appare poi l'ulteriore considerazione "esotica" dei giudici di secondo grado, i quali richiamano taluni parametri impiegati dalla giurisprudenza di New York, utili ai fini della risoluzione del caso di specie: a) l'assenza di una dichiarazione di non volersi obbligare fino alla redazione di un contratto definitivo; b) l'esistenza di un principio di esecuzione; c) la previsione di aspetti secondari o comunque meno rilevanti.

Invero, l'impiego di tali indizi viene in parte sminuito dalla Corte di legittimità, cosa che non le impedisce tuttavia di confermare come l'impiego delle regole in tema di interpretazione abbia condotto ad una compiuta indagine dei giudici di merito circa l'effettivo intento delle parti a concludere il contratto e ad accertare l'esistenza di un regolamento definitivo del rapporto, con ciò disattendendo gli specifici motivi di ricorso. Nello specifico, i giudici di legittimità avallano l'analisi compiuta dalla Corte d'appello che, ricostruendo l'effettiva portata dell'atto di autonomia, ha in primo luogo rilevato l'incompatibilità tra il *nomen iuris* attribuito dalle parti al documento e il reale programma negoziale predisposto, argomentando proprio dalla completezza delle previsioni contrattuali. Anche la valutazione del comportamento complessivo dei contraenti ad opera dei giudici di merito rinviene piena legittimazione, ritenuta univoca la condotta nel senso dell'avvenuta vincolatività delle pattuizioni negoziali. Inoltre, per quanto rileva ai fini della presente indagine, nell'ottica dei giudici di legittimità l'assenza di attualità degli obblighi di trasferimento in capo a Caio nulla toglie all'immediata obligatorietà dell'impegno di cessione del venti per cento della società Alfa che Tizio ha assunto, risultando tale differenziazione coerente con l'ulteriore, necessario, acquisto dei beni dai

congiunti di Caio e quindi, in definitiva, con il complessivo assetto di interessi posto in essere dalle parti. In particolare, il fatto che il trasferimento di tale quota sociale risultasse condizionato anche alle cessioni delle ulteriori quote della società Beta da parte dei congiunti di Caio non è ritenuto di ostacolo alla vincolatività dell'impegno assunto dai contraenti.

2. *Formazione progressiva del consenso tra responsabilità precontrattuale e responsabilità per inadempimento. Il valore delle intese parziali.*

La predisposizione di accordi che si collocano in una posizione intermedia tra i meri sondaggi e lo svolgimento delle trattative da un lato e la conclusione di un contratto avente attitudine vincolante dall'altro può derivare da molteplici esigenze connesse alla diversità delle situazioni economiche che le parti intendono regolamentare, a fronte delle quali il procedimento di formazione istantanea previsto dall'art. 1326 c.c. finisce per mostrarsi del tutto inadeguato, assistendosi pertanto alla redazione di intese intermedie la cui classificazione può rivelarsi problematica¹. Da un lato, anche l'intesa astrattamente più elementare può, nella pratica, dar luogo a riserve di uno dei potenziali contraenti, in maniera tale da indurlo a ulteriori valutazioni circa la convenienza del programma negoziale. Riserve che, d'altra parte, appaiono inidonee a vanificare i punti di convergenza riscontrati relativamente alla conclusione del contratto.

Per altro verso possono ravvisarsi situazioni, come quella sottesa alla fattispecie oggetto della pronuncia in epigrafe, fisiologicamente esposte ad una regolamentazione progressiva: l'esigenza di un'articolazione dell'intesa in differenti fasi delle trattative può essere rinvenuta nella necessaria interrelazione con soggetti estranei all'accordo, ai fini del raggiungimento di ulteriori pattuizioni negoziali, ovvero con Autorità pubbliche in ordine all'ottenimento di specifici provvedimenti autorizzatori. In altri casi, la complessità dell'operazione negoziale renderebbe impensabile un accordo immediato, cosa che può avvenire, a titolo esemplificativo, laddove le parti intendano procedere all'acquisizione di una rilevante partecipazione societaria, operazione che richiede, oltre che adempimenti di carattere amministrativo, altresì numerose analisi in merito alla consistenza patrimoniale del bene oggetto di acquisizione, nonché una verifica delle principali relazioni commerciali della società². I contraenti possono al-

¹ Controversa appare la possibilità di configurare, accanto alle compiute figure contrattuali, quegli accordi giuridici preparatori, preordinati alla puntualizzazione di aspetti già oggetto di intesa. In senso negativo cfr. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. Contr.* a cura di Rescigno, Gabrielli, II, Torino, 2006, 187, secondo cui le varie figure di accordi preparatori rimarrebbero, «al di là di una più o meno raffinata pretenziosità concettuale, confinate nel più ampio fenomeno delle trattative». Analogamente GAZZONI, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. Dir. Priv.* a cura di Bessone, XIII, II, *Il contratto in generale*, Torino, 2000, 604.

² Cfr. sul punto ALPA-SACCOMANI, *Procedure negoziali*, due diligence e memorandum informativi, in *Contratti*, 2007, 267, ove si evidenzia la difficoltà di ricondurre tali negozi di trasferimento sia ad uno specifico tipo sociale che ad una apposita procedura negoziale. In particolare, seguendo una articolazione

spesso utilizzata, si possono individuare le fasi della manifestazione di interesse, dei primi contatti mediante la redazione di lettere di informazione e di riservatezza, dei primi vincoli negoziali all'interno dei quali rientra la sottoscrizione di una lettera di intenti, della trattativa concreta che prevede la messa a disposizione di dati riguardanti la società, fino a giungere alla fase del *closing* e al successivo *transfert* o girata. Non è esente dalla problematica in questione l'ambito del commercio internazionale, all'interno del quale è possibile ravvisare la presenza un ventaglio di situazioni relative al raggiungimento dell'accordo negoziale, partendo da ipotesi prive di vincolatività fino ad arrivare all'accordo avente efficacia per le parti. Così, da un lato si pongono quegli accordi attraverso i quali le parti non intendano prendere un impegno vincolante (lettere di intesa: *letter of intent*, *memorandum of understanding*, *heads of agreement*), mentre all'opposto vi possono essere situazioni riconducibili a veri e

très decidere di fissare i punti essenziali dell'accordo e tuttavia richiedere la previsione di determinate clausole in occasione della definitiva redazione di esso, quali facoltà di recesso ovvero particolari modalità di esecuzione.

Come osservato, la realtà degli affari può mostrarsi decisamente variegata e il confine tra accordo giuridicamente vincolante e mera comunanza di intenti priva di alcun valore obbligatorio, in astratto ben definita, è in concreto destinato a sfumare. Se, da un lato, non si incontrano difficoltà nell'individuazione di una fattispecie contrattuale nell'ipotesi in cui le parti si accordino su tutti i punti oggetto di discussione, ben diversa si presenta la situazione laddove l'intesa fissi unicamente alcuni degli aspetti interessati dalle trattative, con la conseguente necessità di valutare se, a fronte dell'oggettiva incompletezza dell'accordo, possa ravvisarsi comunque l'esistenza di un impegno negoziale per le parti³.

Può pertanto assistersi in prima battuta alla formazione di intese prive di portata vincolante, relative all'instaurazione di future trattative per l'eventuale conclusione di un contratto, all'interno delle quali possono essere pattuiti obblighi di riservatezza ed esclusiva nel corso dello sviluppo delle negoziazioni⁴, ovvero possono predisporre minute contenenti taluni punti di convergenza e utili a soli fini probatori dello svolgimento delle trattative. All'opposto, il raggiungimento dell'accordo sulla generalità degli elementi contrattuali non può essere posto in discussione neanche quando le parti intendano subordinare l'efficacia della convenzione al verificarsi di un evento condizionale, potendosi in tal caso ravvisare una sicura portata vincolante.

Sono invece le situazioni intermedie a creare maggiori problemi di classificazione, avuto riguardo alla completezza o meno delle pattuizioni contenute all'interno del documento oggetto di accordo. L'incompletezza può peraltro, come visto, risultare volontariamente stabilita dalle parti le quali, nel fissare i termini essenziali del contratto, decidano tuttavia di compiere un rinvio, talvolta sistematico, alla definizione di ulteriori aspetti.

Invero, il forte interesse alla conclusione dell'accordo e i buoni proponimenti talvolta formalmente estrinsecati nelle intese prenegoziali non risultano di norma ostativi al successivo ritiro dalle trattative di uno dei contraenti che abbia diversamente valutato l'utilità del risultato economico, con conseguente vanificazione di tutte le precedenti attività di negoziazione. In tale ultima prospettiva assumono portata del tutto peculiare le così dette dichiarazioni di intenti, espressione destinata a ricomprendere ipotesi sensibilmente eterogenee tra loro⁵, oscillanti tra i meri doveri comportamentali in occasione dello svolgimento delle trattative, fino a giungere ad una pressoché completezza dell'accordo la cui attualità è tuttavia ostacolata da ulteriori manifestazioni di volontà o da fattori esterni. Una simile incertezza classificatoria non può che ripercuotersi sull'individuazione dei relativi effetti: l'orientamento prevalente riconduce tale figura all'interno delle minuta di contratto e pertanto è incline a negare qualsivoglia attitudine obbligatoria, con conseguente rilievo ai soli effetti precontrattuali⁶, avvertendosi d'altra parte che laddove una simile intesa contenga tutti gli elementi del contratto e non compia riserva di ulteriori trattative nulla osta ad una sua qualificazione in termini di contratto preliminare⁷.

Si tratta allora di verificare se, dinanzi a tali ipotesi intermedie, la facoltà di ritirarsi dalla successiva contrattazione possa apparire nei fatti giustificata non solo, e non già, in relazione al dovere di correttezza che innerva la fase precontrattuale⁸, ma altresì in considerazione del vincolo convenzionalmente assunto, potenzialmente rilevante in termini di inadempimento. Nel caso poi di accordi connotati da un sistematico rinvio a ulteriori negoziazioni, una loro ricostruzione in termini di obbligatorietà può apparire giustificabile unicamente laddove questi risultino sussumibili all'interno del *genus* di contratto preliminare, con tutte le conseguenze che possono derivarne in relazione alle forme di tutela prevista a fronte dell'inadempimento del contraente. Con riferimento alla vincolatività di accordi aventi carattere strumentale, le massime che si

propri accordi vincolanti, la cui efficacia può venire sottoposta dalle parti al verificarsi di un evento esterno come ad esempio un'autorizzazione amministrativa. Il tema è indagato da BORTOLOTTI, *Diritto dei contratti internazionali*, Padova, 2009, 217 e segg., il quale osserva che l'attitudine vincolativa di tali accordi è destinata a variare a seconda dei diversi sistemi nazionali.

³ È il punto di partenza dell'indagine condotta da NATUCCI, *La formazione progressiva del contratto*, in *Tratt. Contr.* a cura di Roppo, I, *Formazione*, Milano, 2006, 442 e segg.

⁴ Cfr. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, II, 1, Padova, 2004, 319 e segg.

⁵ Per una ricognizione dei diversi orientamenti in ordine alla portata applicativa, cfr. CANEPA, voce "Dichiarazione di intenti", in *Digesto Civ.*, V, Torino, 1989, 341 e segg.; CARUSO, *Le dichiarazioni di intenti*, in REALMONTE, *I rapporti giuridici preparatori*, Milano, 1996, 314 e segg.; RADICIONI, *Le lettere di intenti*, in *I contratti del commercio, dell'industria e del mercato finanziario* a cura di Galgano, I, Torino, 1995, 67 e segg.; BARCHIESI, *Gentlemen's agreement*, in *Manuale del nuovo contratto* a cura di Monateri, Del Prato, Marcila, Somma, Costantini, Bologna, 2007, 490, per il quale la riconduzione della dichiarazione di intenti all'interno della categoria dei *gentlemen's agreement* consente di distinguere tale figura dalla minuta precontrattuale e dagli accordi parziali.

⁶ SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, Milano, 1990, 215 e segg.; ID., *La dichiarazione di intenti*, in ALPA-BESSONE, *I contratti in generale*, 1, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1991, 443 e segg. L'Autore perviene tuttavia a conclusioni diverse con riferimento a quegli accordi di comportamento da seguire durante la formazione progressiva del contratto, i quali rileverebbero in via contrattuale. Per tale ultimo aspetto cfr. altresì le conclusioni cui perviene CANEPA, *op. cit.*, 352. In giurisprudenza Cass., 14 maggio 1998, n. 4853, in *Giust. Civ. Mass.*, 1998, 1028; Trib. Milano, 10 maggio 2006, in *Il civilista*, 2008, 86, con nota di VILLA; App. Roma, 17 giugno 2002, in *Riv. Dir. Comm.*, 2003, II, 97; Trib. Milano, 26 giugno 1989, in *Giur. It.*, 1990, I, 2, 90 e segg.

⁷ Sul punto cfr. GALGANO, *op. cit.*, 320.

⁸ È peraltro ormai acquisita l'operatività del dovere di correttezza al di fuori della fase precontrattuale, estendendosi fino a ricomprendere l'ipotesi del contratto validamente concluso ma pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto dell'altra. In tema cfr. la recente analisi di PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali (a proposito di Cass. sez. un., 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725)*, in *Contratto e Impresa*, 2008, 936.

ripetono tralattivamente mostrano di richiedere in prima battuta un'esigenza di completezza dell'assetto di interessi raggiunto, richiedendo l'intesa sugli elementi costitutivi, sia principali che secondari⁹, ed assolvendo per contro gli accordi parziali ad una più limitata funzione probatoria delle trattative intercorse, ai fini di sindacare la condotta tenuta nella fase precontrattuale.

Nessun dubbio, pertanto, viene espresso in merito alla tendenziale inidoneità di un'intesa incompleta, ricondotta ad una minuta di contratto, a vincolare le parti non solo alla conclusione di un futuro negozio, quanto a lasciare inalterati i pregressi punti di incontro e rilevando unicamente sotto il profilo della *culpa in contrahendo*, in caso di interruzione ingiustificata delle trattative. Così, in particolare, è stata operata una distinzione tra minute contenenti intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi e punteggiamenti *complete* di clausole, connotate da una esauriente predisposizione di un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo. La rilevanza di tali ultimi documenti si manifesterebbe sul piano meramente probatorio, rappresentando una presunzione semplice dell'avvenuta conclusione del contratto¹⁰. In altre parole se, da un lato, persino la compiuta trasposizione documentale dei termini dell'intesa potrebbe non risultare sufficiente ai fini della prova dell'avvenuta conclusione del contratto¹¹, una regolamentazione parziale condurrebbe di norma ad un giudizio negativo in ordine alla ricostruzione in termini contrattuali dell'intesa raggiunta, ciò anche nell'ipotesi in cui i punti ancora da definire siano caratterizzati da mera accessorialità¹².

In ogni caso, il rilievo formale assume rilevanza ai fini della ricognizione di un apparente accordo, non potendosi tuttavia prescindere dall'indagine circa l'effettiva volontà delle parti in ordine alla conclusione del contratto¹³. Anche la sentenza annotata riprende in linea di principio i consolidati principi espressi dalla

giurisprudenza di legittimità, evidenziando in primo luogo come la possibilità di inferire l'esistenza di un vincolo contrattuale presupponga l'accordo su tutti gli elementi oggetto di negoziazione.

La medesima esigenza di completezza, avvertita dalla pronuncia in esame, è posta altresì in rilievo con riferimento alle ipotesi di esplicito rinvio ad ulteriori trattative, dovendosi ritenere esclusa la portata obbligatoria di un'intesa nell'ipotesi in cui questa sia stata raggiunta unicamente sui punti essenziali, risultando rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli aspetti accessori¹⁴. Una simile impostazione rivelerebbe tuttavia una visione parziale dei fenomeni di formazione progressiva del consenso, finendo per trascurare i segnali ineludibili che si presentano nella pratica di talune contrattazioni in relazione alle quali la materiale documentazione dei punti di convergenza raggiunti non rappresenta l'unico fine che le parti intendono perseguire, mirando altresì ad evitare che gli aspetti dell'affare sui quali si sia raggiunta l'intesa, magari dopo una complessa ed estenuante trattativa, non risultino rimessi in discussione in forza di una mera determinazione unilaterale. In via di prima approssimazione è stato osservato che se, per un verso, la necessaria indagine della volontà dei contraenti da ricostruirsi mediante l'impiego degli strumenti ermeneutici non deve necessariamente condurre ad attribuire ad una minuta completa il valore di contratto, potendosi rinvenire una volontà contraria in tal senso, allo stesso modo un'intesa parziale non può in ogni caso escludere l'intenzione delle parti di vincolarsi¹⁵. Inoltre, la sola qualificazione della minuta in termini di documento avente funzione meramente probatoria finisce per trascurare il dato sostanziale costituito dal suo rilievo in termini di dichiarazione¹⁶, con la conseguente esigenza di ricognizione della obiettiva portata dell'intesa al fine di disciplinare la specifica fase negoziale. Del resto, il fatto che un accordo, benché prodromico alla successiva

⁹ *Ex multis* Cass., 11 gennaio 2005, n. 367, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce "Contratto in genere", n. 405; Id., 4 maggio 1994, n. 4274, in *Foro It.*, 1995, I, 2963; App. Venezia, 6 agosto 1981, in *Arch. Civ.*, 1982, 630.

¹⁰ Cass., 2 dicembre 2008, n. 28618, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 1730; Id., 14 luglio 2006, n. 16118, in *Obbl. e Contr.*, 2007, 76; Id., 16 luglio 2002, n. 10276, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 1229; Id., 22 agosto 1997, n. 7857, in *Notariato*, 1998, 422; Id., 30 marzo 1994, n. 3158, in *Foro It.*, 1994, I, 2719, con nota di D'AQUINO; Id., 17 ottobre 1992, n. 11429, in *Arch. Civ.*, 1993, 301; App. Torino, 5 novembre 2004, in *Giur. di Merito*, 2005, 1125; Id. Napoli, 7 aprile 2005, in *Obbl. e Contr.*, 2005, 170. Pertanto, di fronte ad una presunzione semplice, la parte che intenda dimostrare che un simile documento non costituisca un contratto concluso ma una semplice minuta con puntazione completa di clausole, deve superare la presunzione semplice di avvenuto perfezionamento del contratto. Ciò è possibile in virtù del principio secondo cui anche un documento dimostrante con completezza un assetto negoziale può essere soltanto preparatorio di un futuro accordo, una volta dimostrata l'insussistenza di una volontà attuale di accordo negoziale.

¹¹ Così espressamente Cass., 22 agosto 1997, n. 7857, in *Corrriere Giur.*, 1998, 113 con nota di BRACCIO, *Minuta completa e volontà di obbligarsi*.

¹² Cass., 18 gennaio 2005, n. 910, in *Contratti*, 2006, 22 con nota di SELVINI, *Formazione progressiva del contratto: il confine tra le trattative e la conclusione*.

¹³ V. RICCIUTO, *op. cit.*, 198.

¹⁴ Cass., 20 giugno 2006, n. 14267, in *Rep. Foro It.*, 2006, voce "Contratto in genere", n. 383; Trib. Milano, 10 maggio 2006, cit.; Cass., 18 gennaio 2005, cit.; Id., 8 aprile 1983, n. 2500, in *Rep. Foro It.*, 1983, voce "Contratto in genere", n. 119. *Contra*, Trib. Milano, 21 maggio 2001, in *Gius.*, 2001, 2543, secondo cui un contratto può dirsi perfezionato allorché le parti abbiano raggiunto l'accordo sugli elementi essenziali del contratto stesso, nonostante l'esplicito rinvio ad ulteriori intese al fine di definire elementi marginali. Esclude in tali ipotesi la conclusione del contratto VITUCCI, *I profili della conclusione del contratto*, Milano, 1968, 216, per il quale il raggiungimento di un accordo solo parziale non è da considerarsi sufficiente alla conclusione del contratto se le parti, al momento di apporre la riserva di ulteriori negoziazioni, abbiano dichiarato in modo esplicito di considerarsi ancora in fase di mera trattativa o se al comportamento da queste tenuto debba essere riconosciuto analogo valore condizionante.

¹⁵ BRACCIO, *op. cit.*, 123; FERRI, *Considerazioni in tema di formazione progressiva del contratto*, in *Saggi di diritto civile*, Rimini, 1983, 229, il quale osserva espressamente come, in concreto, può esservi un accordo che si realizza su un contenuto incompleto come, d'altro lato, può essere stata predisposta dalle parti una completa regolamentazione di interessi non sorretta però da alcuna volontà di contrarre.

¹⁶ RICCA, *Carattere vincolativo della minuta nella fase precontrattuale*, nota a App. Milano, 17 gennaio 1961, in *Giust. Civ.*, 1961, I, 1671.

conclusione del contratto, debba mostrarsi completo in tutti i suoi elementi dovendo in difetto restare confinato nella fase precontrattuale può risultare discutibile laddove, come già osservato, nella prassi commerciale sia possibile individuare una serie di fenomeni negoziali caratterizzati da marcata flessibilità. Tali rilievi appaiono maggiormente recepibili laddove si sposti idealmente l'ottica dai variegati rapporti giuridici preparatori "irrilevanti" e si ponga attenzione alla contrattazione preliminare generatrice di obblighi contrattuali, astrattamente idonea a regolamentare compiutamente la progressiva formazione dell'accordo adeguandosi alle variegate esigenze connesse alla fase precontrattuale e tuttavia connotata, secondo l'elaborazione tradizionale, da una rigidità tale da richiederne la perfezione in tutti gli elementi sia essenziali che accessori. Con la conseguente creazione di un netto *discrimen* tra accordi obbligatori e intese prive di vincolatività talvolta ingeneranti ragionevoli affidamenti, oltre ad un appiattimento della figura del contratto preliminare su quella del definitivo¹⁷.

Non a caso, al fine di temperare la posizione di chiusura appena rilevata, è stata ritenuta configurabile una figura di contratto preliminare, definito "aperto", destinato a lasciare indeterminate una serie di questioni inerenti all'assetto di interessi oggetto di regolamentazione e richiedente una successiva attività determinativa dei contraenti. Non si dubita in dottrina circa la vincolatività di un simile accordo, con il solo limite della possibilità di ottenere un'esecuzione in forma specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c., stante la strutturale incompletezza del contenuto¹⁸. Si caratterizza viceversa "chiuso" quel contratto perfetto in ogni suo aspetto, il quale attende unicamente una riproduzione materiale, divenendo il contratto definitivo una mera esecuzione del precedente negozio, ben suscettibile d'altra parte di esecuzione in forma specifica¹⁹. Da una simile ricostruzione potrebbe quindi desumersi che la compiutezza o meno dell'accordo rilevarebbe, in tali fattispecie, unicamente sul piano del rimedio concretamente esperibile in caso di inadempimento contrattuale.

La questione della possibile incompletezza del contratto preliminare su alcuni aspetti dell'affare ha con-

dotto inoltre ad osservare che, nel caso di preliminare "aperto", più che obbligo a contrarre si avrebbe un obbligo a contrattare²⁰ e le parti manterrebbero la propria libertà di fatto di concludere o di non concludere il definitivo, in quanto l'inosservanza dell'obbligo esporrebbe unicamente al risarcimento del danno²¹. Non sembrano decisive le critiche mosse ad una simile differenziazione, articolate sulla base della necessaria previsione convenzionale dell'esclusione di un'esecuzione in forma specifica all'interno dell'accordo²², risultando agevole replicare come l'assenza di una scelta in tale ultimo senso non conduce in ogni caso all'attuazione della tutela *ex art.* 2932 c.c. in quanto si rende altresì indispensabile la materiale praticabilità della soluzione rimediale prevista dalla norma, requisito che appare difettare di fronte ad un regolamento di interessi deliberatamente incompleto. Con specifico riferimento al rinvio ad ulteriori negoziazioni è stata inoltre, in passato, suggerita una ricostruzione dell'accordo incompleto in termini di fattispecie la cui configurabilità risulti subordinata all'esaurimento dell'*iter* procedimentale, con la conseguenza che, ove le parti abbiano voluto far dipendere l'accordo sul contenuto minimo del contratto anche dal raggiungimento dell'intesa su elementi secondari, il contratto sarebbe concluso e tuttavia condizionato sospensivamente all'evento futuro ed incerto che le parti riescano a trovare un'intesa sulle questioni successivamente demandate ad ulteriore negoziazione²³.

Una simile ricostruzione viene infine ritenuta idonea, ove ammissibile, a fornire una soluzione equilibrata al problema del rinvio di trattative in quanto le parti, da un lato, intenderebbero vincolarsi immediatamente in via contrattuale ma, allo stesso tempo, subordinare l'efficacia ad ulteriori negoziazioni. Ciò giustifica naturalmente la condanna al risarcimento dei danni derivanti da inadempimento contrattuale da parte del contraente che si sia sottratto alle successive trattative o abbia assunto una condotta incompatibile con il raggiungimento dell'accordo definitivo²⁴. È da dire, al riguardo, che la giurisprudenza sembra tendenzialmente escludere la riconducibilità delle ulteriori trattative alla condizione in senso tecnico, ritenendole in-

¹⁷ Per tali critiche v. MORELLO, *Culpa in contrahendo. Accordi e intese preliminari (un classico problema rivisitato)*, in AA.VV., *La casa di abitazione tra normativa vigente e prospettive*, II, *Aspetti civilistici*, Milano, 1986, 82 e segg.; CANEPA, voce "Dichiarazione di intenti", cit., 336.

¹⁸ MORELLO, *op. cit.*, 131 e segg. La fattispecie di contratto preliminare "aperto" assume particolare rilievo all'interno della contrattazione immobiliare, la quale si articola di norma lungo la sequenza proposta di acquisto-preliminare-definitivo, con conseguente discutibilità nell'inquadramento del primo negozio all'interno del preliminare di preliminare. Su tale aspetto v. *infra*, par. 3.

¹⁹ ALPA, *Introduzione alla nuova giurisprudenza*, in ALPA-BESSONE, cit., 108; RAVAZZONI, *Gradualità dei vincoli a carico dell'alienante e conclusione del contratto*, in *Riv. Notar.*, 1994, 41 e segg. La questione è adeguatamente sintetizzata da CANEPA, *op. loc. cit.*, peraltro critico verso l'atteggiamento di chiusura mostrato dalle decisioni giurisprudenziali.

²⁰ RESCIGNO, *Relazione conclusiva al convegno "Dalle proposte di acquisto al preliminare formale: analisi di una prassi immobiliare"*, organizzato dal Comitato Regionale dei Consigli Notarili dell'Emilia Romagna, svoltosi a Bologna il 24 aprile 1993,

in *Riv. Notar.*, 1994, 10, il quale fa riferimento alle relazioni sindacali e, più in generale, alla graduazione di obblighi relativi alla formazione futura del contratto che non necessariamente si risolvono nell'obbligo a contrarre. Appare utile al riguardo la distinzione tra effetti strumentali ed effetti finali, su cui SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, 263 e segg.

²¹ La questione è riportata altresì da GAZZONI, *op. cit.*, 609.

²² GABRIELLI, *Prassi della compravendita immobiliare in tre fasi: consensi a mani dell'intermediario, scrittura privata preliminare, atto notarile definitivo*, in *Riv. Notar.*, 1994, 32.

²³ Si tratta della nota ricostruzione di CARNELUTTI, *In tema di formazione progressiva del contratto*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1916, II, 317 e segg. Per l'Autore, o le parti includono nella proposta o nella accettazione anche la menzione dell'elemento secondario, come avviene nel caso di formazione simultanea, ovvero lasciano fuori gli elementi secondari ritenendoli condizione per l'efficacia del contratto.

²⁴ GAZZONI, *op. cit.*, 610, ove ulteriori considerazioni in termini di impiego della finzione di avveramento *ex art.* 1359 c.c. e della rinunziabilità della condizione unilaterale.

vece requisito essenziale del procedimento di formazione della volontà di contrarre²⁵. In ogni caso, non costituisce evento condizionante la riserva di approvazione da parte del Consiglio di amministrazione nell'ipotesi di accordo siglato dal solo presidente, trovando applicazione la norma in tema di rappresentanza senza potere²⁶, mentre non sono ravvisabili ostacoli alla deduzione in condizione dell'approvazione da parte di un'autorità amministrativa²⁷.

L'aspetto che in questa sede appare maggiormente degno di rilievo, a prescindere dall'individuazione del meccanismo condizionale quale strumento idoneo a consentire la vincolatività di accordi caratterizzati da incompletezza, è da rinvenire nel fatto che, anche nella prospettiva da ultimo esaminata, appare in primo luogo opportunamente distinto il profilo contenutistico della completezza delle pattuizioni da quello dell'accordo, da tempo rilevato in dottrina²⁸, potendosi inoltre prescindere da un'integrale regolamentazione di tutti gli aspetti connessi al programma negoziale che le parti intendono perseguire. Né un esplicito rinvio dei contraenti a successivi accordi può apparire in ogni caso decisivo ai fini di un giudizio di irrilevanza dell'intesa in termini di impegno negoziale.

Le osservazioni riportate hanno rinvenuto riscontro in talune enunciazioni della giurisprudenza di legittimità, la quale, conformemente alla pronuncia in esame, ha talvolta ritenuto che, ai fini della conclusione del contratto, l'accordo delle parti può considerarsi non raggiunto solo quando sia impossibile la giuridica identificazione degli elementi costitutivi della fattispecie contrattuale cui la legge attribuisce gli effetti *ex art.* 1372 c.c.²⁹

È stata inoltre considerata ammissibile, alla luce del principio generale dell'autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c., la possibilità di reputare concluso un contratto ogniqualevolta, secondo la comune intenzione delle parti, possa ritenersi che queste abbiano voluto considerare vincolante un determinato assetto, nonostante per alcuni aspetti possano rendersi neces-

sarie ulteriori specificazioni. È significativo che, secondo tale ultima impostazione, le ulteriori trattative espressamente previste dai contraenti, lungi dal far perdere valore al contratto concluso, finirebbero per costituirne *atti di mera esecuzione* ovvero l'oggetto di un obbligo che rinviene la sua fonte proprio nel contratto già stipulato³⁰. L'aspetto che in questa sede merita maggiormente di essere evidenziato è tuttavia costituito dall'ulteriore statuizione della Corte, la quale non giunge a limitare l'eccezionalità di un simile accordo ad una espressa manifestazione di volontà in ordine alla portata vincolante, ma considera tale scelta comunque desumibile da una ricostruzione dell'assetto di interessi che le parti hanno voluto porre in essere, attraverso l'impiego degli strumenti di interpretazione previsti dall'ordinamento³¹. In tal modo sembra aprirsi una breccia nel rigore delle impostazioni metodologiche in precedenza riportate.

Le considerazioni che precedono, oltre a ritenere ammissibile la formazione di un accordo negoziale pur in presenza di rinvio a ulteriori trattative, sembrano infine rendere meno traumatica la distinzione tra contratto sempre obbligatorio e minuta in ogni caso priva di vincolatività, categorie descrittive inadatte a risolvere le implicazioni derivanti dalla regolamentazione pratica. Se, per un verso, anche la compiuta predisposizione di un regolamento negoziale può non risultare decisiva in ordine all'avvenuta conclusione di un contratto, d'altra parte anche il raggiungimento di un accordo incompleto può risultare idoneo a vincolare le parti. In tale ultima prospettiva, sia che si intenda attribuire rilievo contrattuale alla minuta, in accordo con la dottrina meno recente³², ovvero ritenere che da un'intesa parziale possano comunque derivare effetti obbligatori, i termini del problema non mutano, dovendosi in ogni caso verificare quali siano gli elementi idonei a consentire che l'inottemperanza di uno specifico regolamento di interessi possa costituire violazione del generico dovere di correttezza piuttosto che specifico inadempimento contrattuale³³.

²⁵ CARUSO, *op. cit.*, 302, nonché la giurisprudenza ivi richiamata.

²⁶ CANEPA, voce "Dichiarazione di intenti", cit., 346.

²⁷ Diversamente Cass., 11 luglio 1988, n. 4570, in *Giust. Civ.*, 1988, I, 2540, in relazione alla nota vicenda IRI-Buitoni, avente ad oggetto l'acquisizione delle azioni della SME.

²⁸ FERRI, *op. cit.* Distingue tra completezza e perfezionamento GAZZONI, *op. cit.*, 602; ID., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, 878.

²⁹ Cass., 13 maggio 1998, n. 4815, in *Corriere Giur.*, 1999, 469, con nota di NASTI, *Il comportamento delle parti durante le trattative: gli obblighi precontrattuali*.

³⁰ Cass., 22 settembre 2008, 23949, in *Giust. Civ.*, 2009, I, 75. In senso analogo Cass., 7 gennaio 1993, n. 77, in *Giur. It.*, 1994, I, 1, 110. In argomento cfr. SPECIALE, *Il contratto preliminare*, in ALPA-BESSONE, *I contratti in generale*, Agg. 1991-1998, III, in *Giur. sist. Dir. Civ. e Comm.* a cura di Bigiavi, Torino, 1999, 1796 e segg. Secondo Trib. Torre Annunziata, 21 maggio 2002, in *Dir. e Giur.*, 2002, 219 con nota di DE STEFANO, *Controverso sequestro giudiziario di quote sociali oggetto di lettera di intenti contestata*, è in linea di principio irrilevante un accordo di massima «salvo che le parti abbiano inteso considerare il contratto come formato per ininfluenza dei punti da definire sulla sostanza e validità di quelli già concordati».

³¹ Diverse sono le questioni relative all'automatico ingresso

delle intese provvisorie all'interno del contratto definitivo e alla possibilità che queste, nonostante non siano richiamate nel regolamento contrattuale, possano comunque integrarne le pattuizioni. In relazione al primo aspetto, l'opinione prevalente tende ad escludere una simile possibilità, mentre la risoluzione della seconda questione viene fatta dipendere dalla portata che si intende attribuire alla buona fede ai fini dell'integrazione della convenzione. Così argomentando, l'orientamento più restrittivo finisce per relegare le intese pregresse ad un mero rapporto di strumentalità. In argomento cfr. V. RICCIUTO, *op. cit.*, 201.

³² Per le diverse posizioni in merito cfr. TAMBURRINO, *I vincoli unilaterali nella formazione progressiva del contratto*, Milano, 1954, 101 e segg. Tale ultimo Autore non esita a ritenere vincolanti le clausole oggetto di fissazione, configurando gli accordi provvisori quali rinunzie convenzionali al potere di revoca normalmente attribuito alle parti nel corso delle trattative. Ad analoghe conclusioni, sebbene muovendo da argomentazioni differenti, perviene RICCA, *op. cit.*, il quale riconduce la responsabilità per inadempimento della minuta ad una violazione del dovere specifico di buona fede, consistente nel non revocare unilateralmente gli impegni assunti.

³³ Tale prospettiva finisce per prescindere altresì, almeno ai fini che rilevano in questa sede, dall'ulteriore questione manifestatasi in dottrina relativamente alla possibile rilevanza in termini di inadempimento contrattuale della violazione di impegni

3. Il rilievo delle norme in tema di interpretazione.

Rilevato che la qualificazione di un documento in termini di minuta ovvero di accordo integrale costituisce necessariamente un *posterius* e non un *prius* rispetto all'indagine contenutistica, è ora necessario porre attenzione sugli indici idonei a rivelare l'esistenza di un programma negoziale rilevante sul piano contrattuale.

La giurisprudenza, conformemente alla pronuncia in epigrafe, ha risolto le questioni sottese alla qualificazione dell'accordo in termini di impiego dei canoni ermeneutici ai fini di una valutazione in termini di completezza e vincolatività del documento. È interessante notare come, nel caso di specie, molte delle censure mosse dalla parte ricorrente all'impiego degli strumenti interpretativi ai fini della ricostruzione dell'accordo in termini contrattuali siano fondate proprio su una considerazione delle norme in tema di interpretazione rinveniente un'eco nell'opinione incline a ravvisare negli artt. 1362 e segg. c.c. nient'altro che regole applicative prive di valore autonomo, destinate a trovare applicazione unicamente in caso di dubbi sulle dichiarazioni a seguito di una prima attività ricognitiva.

Nello specifico, la ricorrente ha argomentato muovendo dalla valorizzazione del principio *in claris non fit interpretatio*, destinato a vanificare l'impiego degli strumenti interpretativi laddove il testo appaia eloquente nel senso di un determinato significato, evidenziando poi il rapporto gerarchico intercorrente tra norme di interpretazione soggettiva ed oggettiva. Le censure alla pronuncia di secondo grado rivelano, ancora più a monte, un ulteriore differenziazione all'interno delle norme interpretative, lamentando la parte soccombente nel merito come la valutazione del comportamento delle parti posteriore alla conclusione dell'accordo non avrebbe dovuto trovare ingresso in considerazione dell'univocità delle dichiarazioni trasfuse

nel documento, con ciò ricostruendo in termini di rigorosa sussidiarietà il rapporto tra i due commi dell'art. 1362 c.c., in armonia con un consolidato indirizzo giurisprudenziale³⁴.

Simili argomentazioni, in tale occasione disattese dalla Corte di legittimità, richiedono in questa sede taluni rilievi in merito al ruolo che devono rivestire le norme in tema di interpretazione, dovendosi pertanto avere riguardo non solo al limite che incontrerebbe l'impiego dei canoni ermeneutici di fronte ad un testo che si presenti *prima facie* chiaro, ma altresì all'affermata sussidiarietà degli artt. 1366-1371 volti a disciplinare l'interpretazione oggettiva. In relazione al primo aspetto, la rilevanza destinata ad assumere dal dato letterale rispetto alle norme in tema di interpretazione viene costantemente enunciata in giurisprudenza, ritenendosi, per un verso, come l'eventuale senso compiuto del testo si mostri di per sé preclusivo di ogni ulteriore indagine interpretativa mentre, in una accezione meno rigorosa, il senso letterale si pone come principale strumento di interpretazione, dovendo in ogni caso il giudice provvedere alla ricostruzione della comune intenzione delle parti³⁵. Sul punto, tuttavia, non può che convenirsi con quella dottrina incline ad osservare come la chiarezza non possa che costituire il risultato del procedimento ermeneutico³⁶, con la conseguenza che l'attività di interpretazione è destinata a rivelarsi in ogni caso necessaria al fine di valutare l'atto di autonomia alla luce delle circostanze nelle quali è stato posto in essere³⁷. L'affermazione della sussidiarietà dei canoni interpretativi rispetto al dato letterale, oltre che ingiustificata, è peraltro espressamente contraddetta dal tenore dell'art. 1362 c.c., il quale richiede che la comune intenzione dei contraenti non venga limitata al senso letterale delle parole³⁸.

L'analisi delle pronunce di legittimità mostra peraltro un diverso orientamento, seppur tendenzialmente

assunti nel corso delle trattative, in adesione a quella corrente dottrinale incline a far rientrare la *culpa in contrahendo* all'interno della responsabilità contrattuale. Così MENGONI, *Sulla natura giuridica della responsabilità precontrattuale*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1956, II, 361 e segg.; BENATTI, *La responsabilità contrattuale*, Milano, 1963, 126; CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *Scritti in onore di Mengoni*, Milano, 1995, I, 147. La giurisprudenza della Cassazione è orientata nel senso della natura extracontrattuale: al riguardo Cass., 7 febbraio 2006, n. 2525, in *Rep. Foro It.*, 2006, voce "Contratto in genere", 974, n. 402; Id., 18 giugno 2005, n. 13164, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 751. È evidente come una simile ricostruzione, ove ammissibile, finirebbe allo stesso modo per attenuare la differenza tra contratto e accordo preparatorio, costituendo la relativa violazione inadempimento ai sensi dell'art. 1218 c.c. Per tali osservazioni cfr. REALMONTE, *Introduzione*, in Id., *I rapporti giuridici preparatori*, cit., XVIII, secondo il quale la distinzione tra fattispecie negoziali e non negoziali, privata delle sue conseguenze in termini di responsabilità, finisce per ridursi a poco più che un'etichetta formale.

³⁴ Cfr. al riguardo Cass., 13 dicembre 2006, n. 26690, in *Rep. Foro It.*, 2006, voce "Contratto in genere", n. 466.

³⁵ Cfr. al riguardo le osservazioni di GALGANO, *op. cit.*, 497 e segg., il quale distingue ulteriormente, con riguardo al comportamento delle parti, le ipotesi in cui la valutazione della loro condotta, posteriore alla conclusione del contratto, sia ritenuta criterio sussidiario che il giudice non è tenuto a seguire quando è in grado di accertare e ricostruire la comune intenzione delle

parti attraverso il criterio logico-letterale, ovvero, in maniera più aderente alla visione meno rigida, la valutazione della condotta rappresenti un criterio concorrente al tenore letterale. Rileva l'ambiguità della regola SACCO, *Il contratto*, II, Torino, 2004, 394 e segg.

³⁶ La chiarezza costituisce un *posterius* e non un *prius*. Sul punto v. le considerazioni di PERLINGIERI, *Profili del diritto civile*, Napoli, 1994, 69 e segg.; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 573; PENNASILICO, *L'interpretazione del contratto tra relativismo e assiologia*, in *Rass. Dir. Civ.*, 2005, 741. Osserva peraltro CAPOBIANCO, *La determinazione del regolamento*, in *Tratt. Contr.* a cura di Roppo, II, *Regolamento*, Milano, 2006, 312, come l'orientamento incline a privilegiare il dato letterale giustifichi talvolta una simile opzione sulla base della superfluità di un'indagine ulteriore, laddove il senso letterale riveli l'insussistenza tra lettera e spirito della convenzione, ovvero tra lettera e intento effettivo dei contraenti, con ciò dimostrando che alla determinazione della comune intenzione si pervenga all'esito del procedimento interpretativo.

³⁷ ALPA-FONSI-RESTA, *L'interpretazione del contratto*, 2^a ed., Milano, 2001, 119.

³⁸ SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova, 1992, 306, secondo il quale il principio *in claris non fit interpretatio* può rinvenire un'utile collocazione nell'ipotesi in cui il giudice intenda sostituire a quanto determinato dalle parti la propria soggettiva ed arbitraria valutazione in merito agli interessi in gioco. Solo in questo caso la chiarezza delle disposizioni produrrebbe l'utile effetto di impedire tale

minoritario, incline a valorizzare il complessivo impiego degli strumenti interpretativi a disposizione, oltre a collocare il dato letterale sullo stesso piano della ricognizione del comportamento complessivo delle parti³⁹. Nella specie, è significativo il principio di diritto talvolta espresso dalla suprema Corte, secondo il quale «è necessario interpretare le clausole contrattuali [...] anche quando l'interpretazione delle clausole che concorrono alla formazione del testo negoziale, compiuta sulla base del senso letterale delle parole, conduca a risultati di certezza»⁴⁰, ovvero ritenendo in altra occasione che «il dato testuale, pur assumendo un rilievo fondamentale, non può essere ritenuto decisivo ai fini della ricostruzione del contenuto dell'accordo, giacché il significato delle dichiarazioni negoziali può ritenersi acquisito solo al termine del processo interpretativo, il quale non può arrestarsi alla ricognizione del tenore letterale delle parole, ma deve estendersi alla considerazione di tutti gli ulteriori elementi, testuali ed extratestuali, indicati dal legislatore, anche quando le espressioni appaiano di per sé "chiare" e non bisognose di approfondimenti interpretativi, dal momento che un'espressione "prima facie" chiara può non apparire più tale, se collegata ad altre espressioni contenute nella stessa dichiarazione o posta in relazione al comportamento complessivo delle parti»⁴¹.

Allo stesso modo, un medesimo ordine gerarchico è stato riscontrato tra le norme dettate in tema di interpretazione soggettiva ed oggettiva, ritenendosi di conseguenza che gli artt. 1366-1371 debbano necessariamente risultare subordinati all'impiego delle precedenti norme di stretta interpretazione, con la conseguenza che la scelta, da parte del giudice, del mezzo ermeneutico più idoneo all'accertamento della comune intenzione delle parti deve necessariamente rispettare il principio del gradualismo⁴². È da rilevare tuttavia come una simile gerarchia finirebbe per limitare sensibilmente le potenzialità dei principi espressi dalle regole oggettive⁴³, in considerazione del fatto che la

complessa attività nella quale si sostanzia il procedimento ermeneutico non può permettere una rigida osservanza di gerarchie e sequenze interpretative⁴⁴.

La centralità del momento interpretativo richiede in questa sede ulteriori considerazioni. È da osservare come all'orientamento di legittimità incline ad attribuire al giudice di merito l'accertamento dell'avvenuta formazione dell'accordo è stato di recente rimproverato che in tal modo si eluderebbero i reali termini della questione, poiché una simile impostazione impedirebbe di individuare il *contenuto minimo* che un accordo debba avere al fine di rivestire carattere vincolante, ritenendosi preferibile la predisposizione di una serie di parametri da impiegare al fine di desumere dal tenore dei documenti redatti dai privati una volontà precontrattuale o contrattuale⁴⁵.

Al riguardo, ferma restando la rilevata distinzione tra il profilo del perfezionamento del contratto e quello contenutistico, simili rilievi appaiono comprensibili in considerazione del fatto che la rimarcata valorizzazione dell'indagine ermeneutica al fine di accertare l'avvenuta conclusione del contratto porta necessariamente con sé l'esigenza di una sua concretizzazione, attraverso la predisposizione di taluni indici sintomatici dell'avvenuto accordo, da rinvenire in relazione allo specifico programma negoziale posto in essere dalle parti e utili per l'interprete in sede di ricostruzione della portata dell'intesa raggiunta.

Al riguardo, è possibile in questa sede analizzare una serie di parametri di valutazione proposti dalla dottrina ovvero fatti propri dalla giurisprudenza, al fine di verificare la loro attendibilità in ordine all'accertamento dell'avvenuta conclusione del contratto. Occorre tuttavia specificare come tali indici, in astratto ritenuti idonei a ricostruire l'intento delle parti a vincolarsi contrattualmente, devono tuttavia adattarsi alla concreta situazione di fatto all'interno della quale l'accordo è stato raggiunto, potendosi ravvisare la specifica inidoneità di talune regole applicative in relazione alla

comportamento; SCOGNAMIGLIO, *L'interpretazione*, in *Tratt. Contr.* a cura di Rescigno, Gabrielli, II, cit., 1055.

³⁹ Al riguardo la giurisprudenza richiamata da COSTANZO, *Il principio in claris non fit interpretatio nel sistema delle norme relative alla interpretazione del contratto*, in *Giust. Civ.*, 1997, II, 151; Id., *Osservazioni sul principio in claris non fit interpretatio e sul criterio interpretativo del "comportamento complessivo"*, *ivi*, 1996, 1451 e segg. Cfr. altresì la rassegna svolta da NANNI, *La buona fede contrattuale nella giurisprudenza*, in *Contratto e Impresa*, 1986, 501 e segg.

⁴⁰ Cass., 17 febbraio 2004, n. 2992, in *Giur. It.*, 2005, 32.

⁴¹ Così Cass., 10 dicembre 2008, n. 29029, in *Guida Dir.*, 2009, 7, 49; Id., 9 giugno 2005, n. 12120, in *Rep. Foro It.*, 2005, voce "Contratto in genere", 994, n. 485.

⁴² Cass., 30 maggio 2007, n. 12721, in *Guida Dir.*, 2007, 31, 33; Id., 2 aprile 2002, n. 4680, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 568; Id., 13 maggio 1998, n. 4815, *ivi*, 1998, 1017; Id., 26 giugno 1996, n. 5893, *ivi*, 1996, 917; Id., 26 gennaio 1983, n. 726, in *Rep. Foro It.*, 1983, voce "Contratto in genere", 688, n. 202. In dottrina cfr. GRASSETTI, *L'interpretazione del negozio giuridico*, rist. anastatica, Padova, 1983, 18 e segg.; CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 124 e segg.

⁴³ In relazione alla sussidiarietà del canone di buona fede cfr. Cass., 15 marzo 2004, n. 5239, in *Contratti*, 2004, 765 e segg., con nota di DE MEIO, *La buona fede nell'ermeneutica contrattuale*; Id., 18 maggio 2001, n. 6819, *ivi*, 2001, 1083 e segg., con nota di MANENTI, *Il principio di interpretazione del con-*

tratto secondo buona fede. V. altresì le recenti Cass., 27 maggio 2003, n. 8411, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 3121; Id., 14 ottobre 2003 n. 15371, in *Nuovo Dir.*, 2004, 167; Id., 8 marzo 2001 n. 3392, in *Giust. Civ. Mass.*, 2001, 443; Id., 16 febbraio 2001 n. 2293, *ibid.*, 263; Id., 25 maggio 2000, n. 6874, *ivi*, 2000, 1111, le quali hanno ritenuto l'interpretazione del contratto secondo buona fede un mezzo ermeneutico sussidiario che presuppone la persistenza di un dubbio sul reale significato delle dichiarazioni contrattuali delle parti. Ne deriverebbe che «non è dato farvi ricorso quando il giudice di merito [...] abbia già accertato l'effettiva volontà delle parti». Anche la giurisprudenza amministrativa ha subordinato il canone interpretativo secondo buona fede all'ipotesi di contraddittorietà e ambiguità delle clausole. Cfr. ad es. T.A.R. Puglia, Lecce, 15 dicembre 2003, n. 8937, in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3614. Per altro verso, il ricorso ai criteri ermeneutici è stato ritenuto possibile «in presenza di un documento non chiaro e tutt'altro che perspicuo». Così Cass., 14 maggio 2004, n. 9212, in *Rep. Foro It.*, 2004, voce "Contratto in genere", 931, n. 441. Per F. GALGANO, *op. cit.*, 443, se il carattere sussidiario può apparire pacifico per quanto riguarda gli artt. 1367-1370, altrettanto non può dirsi per il canone ermeneutico di buona fede. Un'evoluzione nel senso da ultimo indicato è tuttavia evidenziata da TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 2005, 588.

⁴⁴ CAPOBIANCO, *op. cit.*, 309.

⁴⁵ D'AQUINO, nota cit., 2719 e segg.; NASTI, *op. cit.*, 473.

singola intesa. Inoltre, la ricognizione di taluni criteri di valutazione non impedisce di individuarne ulteriori in sede di interpretazione della singola intesa raggiunta. In difetto, si assisterebbe ad un irrigidimento dell'indagine ermeneutica, la quale potrebbe fornire una visione solo parziale della portata degli interessi sottesi all'atto da interpretare. In altre parole, gli indici astrattamente rinvenibili non possono considerarsi esaustivi della ricordata multiformità delle situazioni pratiche, potendosi l'interprete discostarsi da essi ed individuare ulteriori spie dell'avvenuta formazione del contratto.

In primo luogo, del tutto priva di valore è stata ritenuta, a ragione, la distinzione tra elementi essenziali ed elementi accessori in sede di predeterminazione del contratto, talvolta impiegata ai fini della ricostruzione del contenuto che l'accordo deve contenere per assumere portata vincolante⁴⁶. Se, per un verso, un simile criterio discretivo finirebbe per rendere decisamente più agevole l'accertamento in ordine al raggiungimento di un'intesa negoziale, d'altra parte si osserva che altro è il piano dell'accordo, altro è invece quello della validità, costituendo il perfezionamento del contratto presupposto necessario per il successivo giudizio in merito alla sufficienza degli elementi oggetto di intesa⁴⁷. Ciò è confermato dal fatto che anche l'omessa regolamentazione di elementi essenziali può in concreto non risultare d'ostacolo al raggiungimento dell'accordo, laddove possano operare criteri di integrazione stabiliti dalla legge⁴⁸.

Inoltre, è stato opportunamente posto in rilievo come un elemento in astratto accessorio possa assumere carattere determinante rispetto agli specifici interessi oggetto di regolamentazione, persino maggiore rispetto agli elementi essenziali⁴⁹. Si tratta allora di valutare se la diversa valutazione relativa all'essenzialità in concreto degli aspetti negoziati risulti indicativa ai fini della ricostruzione di una volontà negoziale⁵⁰.

Sul punto, deve avvertirsi come una simile impostazione, se non adeguatamente precisata, finirebbe per spostare solo marginalmente i termini della questione dato che il passaggio dalla ricognizione di un'intesa delle parti su tutti i punti essenziali all'accertamento dell'accordo su tutti gli aspetti *ritenuti essenziali dalle parti* non permetterebbe di discostarsi dall'analisi del profilo contenutistico dell'atto di autonomia il quale, come osservato, rappresenta un piano distinto ed autonomo rispetto alla diversa indagine circa il perfezionamento del contratto. L'analisi degli elementi "concretamente" essenziali può invece assumere rilievo laddove si consideri che la valutazione di questi non viene compiuta al fine di determinare il contenuto minimo della convenzione, venendo piuttosto in considerazione

ne al diverso fine di desumerne l'avvenuto raggiungimento dell'intesa, con ciò rinviandosi nuovamente alla rilevanza del momento interpretativo.

Ciò posto, una recente analisi comparatistica, peraltro ricordata dalla sentenza di secondo grado, ha richiamato talune regole applicative impiegate al fine di individuare il valore negoziale delle intese raggiunte: l'esistenza di una dichiarazione di non volersi obbligare fino alla redazione di un testo contrattuale definitivo, un eventuale principio di esecuzione, la circostanza che residuino punti essenziali non ancora concordati e il fatto che l'accordo verta su materie commerciali di particolare complessità, tali da richiedere una capillare formulazione per iscritto⁵¹.

Il primo criterio si mostra discutibile in quanto finisce per permettere, nel dubbio, la ricognizione di una volontà negoziale delle parti che abbiano deciso di appuntare per iscritto taluni aspetti della trattativa. Una simile ipotesi non appare assolutamente aderente ad una realtà materiale che è invece connotata, come si è detto, dal raggiungimento progressivo dell'intesa sugli aspetti del programma negoziale. Non a caso, nella pronuncia in esame la suprema Corte finisce per attribuire scarsa considerazione ad una simile regola operativa, ritenendo che l'argomento in parola non rivesta particolare rilevanza nella motivazione della pronuncia di merito.

Relativamente agli altri indici, ferme restando le considerazioni già svolte in relazione al rapporto tra elementi essenziali ed accessori, una maggiore attendibilità sembra attribuibile all'inizio di esecuzione e alla valutazione della complessità del programma negoziale, utili rispettivamente ai fini della valutazione del comportamento successivo delle parti *ex art.* 1362 e della ricostruzione del più completo assetto di interessi che le parti hanno inteso regolamentare⁵².

All'interno delle pronunce giurisprudenziali sono inoltre rinvenibili ulteriori dati sintomatici i quali, valutati alla luce del tenore complessivo del documento, possono apparire idonei a far desumere l'esistenza di un accordo, a partire da quelli analizzati dalla sentenza in epigrafe. In particolare, la presenza di una clausola compromissoria è stata ritenuta elemento utile al fine di desumere l'avvenuta conclusione del contratto, a prescindere dall'intento delle parti di nominare arbitri incaricati di risolvere divergenze relative ad un rapporto già instaurato, risultando in tale caso incontroversa la vincolatività degli accordi raggiunti, ovvero di procedere alla designazione di arbitratori con il compito di completare le pattuizioni contrattuali ancora non definite, ai sensi dell'art. 1349 c.c. Anche in questo secondo caso, infatti, la strutturale incompletezza sottesa alla nomina del terzo non pone in discussione il carat-

⁴⁶ CARNELUTTI, *op. cit.*, 319; VITUCCI, *op. cit.*, 203 e segg.

⁴⁷ Distingue opportunamente FERRI, *op. cit.*, 251. L'irrilevanza della differenza è sostenuta altresì da A. CATAUDELLA, *op. cit.*, 196 e segg.

⁴⁸ FERRI, *op. cit.*, 255; NATUCCI, *op. cit.*, 445.

⁴⁹ In argomento cfr. FUSARO, *In tema di formazione progressiva del contratto*, nota a Cass., 15 marzo 1982, n. 1691, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, II, specie 203 e segg.

⁵⁰ Cfr. al riguardo la giurisprudenza menzionata da FERRI, *op. cit.*, 237 in nota, costituente il punto di partenza dell'indagine dell'Autore.

⁵¹ Si tratta degli indici parametrici impiegati nella prassi commerciale dello Stato di New York, riportato dall'analisi di CARUSO, *La "culpa in contraendo". L'esperienza statunitense e quella italiana*, Milano, 1993, 35 e segg. e ripresa da D'AQUINO, *op. loc. cit.*

⁵² L'importanza economica dell'affare e la sua complessità è rilevata, all'interno di diversi indici di valutazione, da Trib. Monza, 31 gennaio 2004, in *Corriere Giur.*, 2004, 1067, con nota di CONTE, *Appunti sugli orientamenti giurisprudenziali in tema di minuta di puntuazione e "preliminare di preliminare"*.

tere giuridicamente vincolante dell'accordo raggiunto. La previsione di tale patto accessorio suggerisce poi che il rinvenimento, all'interno dell'accordo, di un'eventuale clausola penale o caparra può indurre a ritenere che il ritiro di una delle parti possa costituire rispettivamente inadempimento o recesso da un contratto già concluso e da una compiuta regolamentazione di interessi.

Un discorso a parte merita la qualificazione operata dalle parti in occasione della predisposizione del documento. Non è risultata infatti infrequente l'opinione, peraltro prontamente richiamata dalla parte ricorrente, incline ad attribuire al *nomen iuris* assegnato dalle parti al documento un valore fondamentale ai fini della ricostruzione della concreta volontà negoziale, pur non giungendo a vincolare il giudice nella qualificazione giuridica del rapporto⁵³. È tuttavia da rilevare che se, da un lato, le parti procedono di norma a qualificare l'accordo concluso, il quale può costituire indice di uno specifico intento obbligatorio suscettibile di apprezzamento in sede di interpretazione⁵⁴, d'altra parte ciò non toglie che, al di là della specifica denominazione, risulti in ogni caso necessario ricercare e interpretare la concreta volontà dei contraenti stessi, avuto riguardo all'effettivo contenuto del rapporto⁵⁵. In tale ottica, è stato rilevato un costante rapporto dialettico tra interpretazione e qualificazione, che condurrebbe ad una circolarità del procedimento interpretativo: così, a seguito di una preliminare interpretazione e successiva qualificazione dell'accordo, sarebbe possibile interpretare compiutamente le specifiche clausole contrattuali, al fine di verificare eventuali deroghe al tipo legale le quali, a loro volta, condurrebbero alla correzione del *nomen iuris*⁵⁶.

Da ultimo, una questione singolare è stata posta con riferimento all'ipotesi in cui le parti compiano un rinvio alla stipulazione di un futuro contratto preliminare. È evidente, al riguardo, che tale accordo configurerebbe l'ipotesi di un "preliminare di preliminare", rendendosi pertanto necessaria una verifica in merito all'ammissibilità di una simile figura. Non a caso, talune pronunce hanno fatto leva proprio sull'inconfigurabilità di un simile strumento giuridico al fine di escludere la vincolatività dell'intesa⁵⁷. La questione è tutt'altro che scolastica, rinvenendosi in taluni settori della pratica commerciale, avuto particolare riguardo alla prassi immobiliare, una serie di intese finalizzate alla redazione di un successivo contratto preliminare⁵⁸.

La giurisprudenza non ha esitato, anche di recente, a dichiarare tale contratto nullo per difetto di causa, ritenendo non meritevole di tutela l'interesse di obbligarsi ad obbligarsi in quanto l'impegno può essere assunto immediatamente e il diverso meccanismo costituito dal preliminare di preliminare rappresenterebbe un espediente privo di qualsivoglia senso pratico⁵⁹. In particolare, se l'esigenza di controllo delle circostanze sopravvenute appare giustificazione idonea a condurre all'articolazione del programma negoziale finalizzato all'effetto traslativo nella sequenza preliminare-definitivo, maggiori perplessità suscita l'evenienza che si rendano all'uopo necessarie tre distinte fasi, di cui due relative ad una assunzione consecutiva dell'obbligo a contrarre⁶⁰.

Una conclusione così rigorosa non tiene tuttavia conto del fatto che anche il preliminare di preliminare appare idoneo a costituire l'estrinsecazione di un atto utile e rilevante, alla luce della valutazione della globale operazione posta in essere dalle parti, anche con riferimento al compiuto *iter* che ha condotto alla forma-

⁵³ Cass., 27 novembre 1984, n. 6168, in *Giust. Civ. Mass.*, 1984, e in *Rep. Foro It.*, 1984, voce "Lavoro (rapporto)", n. 386.

⁵⁴ Cass., 6 marzo 1987, n. 2395, in *Giust. Civ. Mass.*, 1987, e in *Rep. Foro It.*, 1987, voce "Contratto in genere", n. 312, per la quale il *nomen iuris* usato dalle parti nella stipulazione di un contratto, pur non essendo decisivo, non può essere considerato privo di rilevanza laddove lo schema negoziale formalmente adottato non appaia incongruo rispetto alla realtà obiettiva e le modalità di svolgimento del rapporto confermino l'effettività della qualificazione data dalle parti.

⁵⁵ SACCO, *op. cit.*, 388, secondo cui la qualificazione può rappresentare un indice della volontà patrizia laddove non contraddetta da specifiche clausole. Per la riconduzione del procedimento di qualificazione all'interno dell'attività interpretativa cfr. PERLINGIERI, *Interpretazione e qualificazione: profili dell'individuazione normativa*, in *Dir. e Giur.*, 1975, 826 e segg.; *Id.*, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 612 e segg., il quale critica in maniera serrata l'orientamento incline a distinguere interpretazione e qualificazione del contratto, rilevando l'unitarietà del procedimento interpretativo e qualificatorio. Analoghi i rilievi di RIZZO, *Interpretazione del contratto e relatività delle sue regole*, Napoli, 1985, 132 e segg.; CAPOBIANCO, *op. cit.*, 304 e segg. In giurisprudenza cfr. da ultime Cass., 16 ottobre 2007, n. 21620, in *Guida Dir.*, 2007, 49, 58; *Id.*, 20 novembre 2002, n. 16342, in *Giust. Civ. Mass.*, 2002, 2015; *Id.*, 5 ottobre 1992, n. 10898, in *Vita Notar.*, 1993, 215; *Id.*, 6 giugno 1983, n. 3856, in *Riv. Dir. Comm.*, 1984, II, 187.

⁵⁶ ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, 462 e segg., il quale precisa che tale procedimento è articolato da una serie indeterminata di fasi di rimando tra interpretazione e qualificazione/integrazione. Secondo Cass., 25 luglio 1984, n. 4346, in *Rep.*

Foro It., 1984, voce "Contratto in genere", n. 170, il problema della qualificazione di un negozio giuridico si risolve in due distinte operazioni: l'accertamento degli elementi costitutivi dell'attività negoziale e delle finalità pratiche perseguite dalle parti, e la successiva attribuzione del *nomen iuris*, previa interpretazione sul piano giuridico dei suddetti elementi.

⁵⁷ Trib. Monza, 31 gennaio 2004, cit. Sostanzialmente analoga la motivazione di Cass., 4 agosto, 1990, n. 7871, in *Rep. Foro It.*, 1990, voce "Contratto in genere", n. 229, la quale ha avallato la decisione del giudice d'appello secondo la quale le parti avevano voluto sottoscrivere una semplice puntualizzazione del futuro contratto preliminare perché, tra l'altro, nella scrittura si prevedeva la successiva stipulazione di quest'ultimo.

⁵⁸ È il caso delle proposte di acquisto impiegate nell'intermediazione immobiliare, nelle quali il rinvio alla conclusione di successivo preliminare o compromesso è talvolta utilizzato. Cfr. al riguardo GABRIELLI, *op. cit.*, 23 e segg. Per l'Autore, in particolare, la soluzione più opportuna è quella di considerare il secondo vincolo obbligatorio quale contratto definitivo, con la contestuale produzione di tutti gli effetti finali sottesi alla vicenda traslativa.

⁵⁹ Per una recente posizione assunta dalla giurisprudenza di legittimità cfr. Cass., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Contratti*, 2009, 986 e segg., con nota di TOSCHI VESPASIANI, *Il "preliminare di preliminare" e la proposta di acquisto accettata*, il quale non manca di rilevare una eccessiva sommarietà delle considerazioni svolte dai giudici della suprema Corte su un argomento che ha in precedenza suscitato un articolato dibattito. L'opinione negativa è rinvenibile altresì in Trib. Napoli, 23 novembre 1982, in *Giust. Civ.*, 1982, I, 283.

⁶⁰ GABRIELLI, *op. cit.*, 31.

zione della volontà negoziale⁶¹. Simili rilievi appaiono a maggior ragione da confermare laddove, nella realtà dei fatti, la successione di due negozi obbligatori sia da rinvenire nella maggiore articolazione nel contenuto del secondo, tale da assolvere la funzione di regolamentare aspetti in precedenza non negoziati dalle parti⁶².

Se ciò è, discutere se la successione di due distinti contratti sia qualificabile in termini di preliminare di preliminare ovvero se una successiva e più compiuta regolamentazione dell'affare costituisca una diversa operazione appare inidoneo a fondare un giudizio negativo in ordine alla portata obbligatoria del primo negozio. In particolare, ai fini che rilevano in questa sede, se, per un verso, è stato sostenuto che il primo preliminare non risulterebbe propriamente idoneo ad obbligare alla stipula del secondo, poiché la mancata stipulazione darebbe comunque luogo all'integrazione *ex art. 1374 c.c.*⁶³, d'altra parte è evidente come tale ultima soluzione riveli in maniera univoca la presenza di un compiuto regolamento di interessi contrattualmente vincolante. Per le cose dette, il rinvenimento di una sequenza di contratti preliminari non può costituire indice di per sé idoneo ad escludere l'assenza di un vincolo negoziale.

4. Conclusioni.

Alla luce delle considerazioni svolte, la soluzione cui perviene la Corte di legittimità risulta pienamente condivisibile tanto in relazione alla ricognizione di un vero e proprio regolamento definitivo del rapporto che con riguardo all'utilizzo degli strumenti interpretativi a disposizione. In primo luogo, l'esigenza di una necessaria completezza esposta in linea di principio e il condizionamento dell'obbligazione di una delle parti ad un'ulteriore attività negoziale con terzi estranei all'accordo non hanno impedito alla Corte di confermare l'esistenza di una volontà contrattuale. È da dire al riguardo che il caso concreto non presentava significativi elementi di incertezza, lasciando agevolmente desumere l'esistenza di un vincolo negoziale in cui gli interessi ad esso sottesi erano stati esaurientemente regolamentati. In secondo luogo, la valorizzazione del momento interpretativo ai fini dell'accertamento del carattere vincolante dell'intesa è stata compiuta attraverso un impiego delle disposizioni in tema di interpretazione che appare in linea con quell'orientamento della giurisprudenza, senz'altro da preferire, incline a superare il tenore del dato letterale in presenza di elementi tali da rivelare un diverso intento negoziale e a consentire un impiego delle norme interpretative al di là del ruolo meramente ancillare ad esse in più occasioni attribuito. È da escludere, al riguardo, che l'attribuzione al giu-

dice di un simile potere di apprezzamento del programma negoziale possa portare con sé il rischio di soluzioni arbitrarie, risultando in ogni caso il controllo di legittimità idoneo a porre nel nulla l'utilizzo improprio, da parte del giudice di merito, delle norme in tema di interpretazione ovvero ancora a censurare una ricostruzione dell'operazione contrattuale che si mostri incongrua ovvero affetta da illogicità⁶⁴.

FRANCESCO BOTTONI

CREDITO AL CONSUMO

TRIBUNALE TERNI, 6 novembre 2009, n. 1195 — BARBIERI *Giudice* — S. - Deutsche Bank S.p.A. - Ameria Auto s.n.c.

Vendita — Vendita di cose mobili — Credito al consumo — Collegamento negoziale — Direttiva europea — Termine di recepimento non ancora scaduto — Norme interne — Interpretazione conforme (Dir. 2008/48/CEE, artt. 3, 15).

Al fine di verificare la sussistenza o meno del collegamento negoziale nella fattispecie del cosiddetto credito al consumo, il giudice nazionale è chiamato, conformemente a quanto stabilito dalla Corte di giustizia europea, ad interpretare e applicare i principi di diritto interno in senso conforme a quanto prescritto all'interno della direttiva comunitaria in materia, sebbene questa non sia stata ancora trasposta e si sia in pendenza del termine per il recepimento (1).

 *Omissis.* — La dottrina e la giurisprudenza non ignorano lo specifico collegamento negoziale cui dà luogo il c.d. contratto di mutuo di scopo, o di finanziamento finalizzato (in proposito si rileva che nella specie il contratto di finanziamento concluso tra le parti viene espressamente denominato “contratto di prestito finalizzato”), consistente nell'erogazione del credito a medio o a lungo termine, in cui acquista rilievo, accanto alla causa genericamente creditizia, il motivo specifico per il quale il mutuo viene concesso; la clausola di destinazione della somma si inserisce nel contratto, in modo da conformarlo alle esigenze che si intendono raggiungere, di modo che il contratto si funziona lizza; (*omissis*) al fine di individuare nelle operazioni di credito al consumo gli indici rilevatori rilevanti del collegamento negoziale, ritiene questo Tribunale che occorra, oltre che ai principi di diritto interno, fare soprattutto riferimento alla disciplina comunitaria, sopravvenuta alla direttiva 87/102/CEE (sebbene si tratti di direttiva non ancora recepita nell'ordinamento interno e per la cui attuazione gli Stati membri hanno termine sino al 12 maggio 2010, è necessario tenere conto del principio d'interpretazione sancito dalla Corte di Giustizia

⁶¹ RESCIGNO, *op. cit.*, 9. La meritevolezza della figura è rilevata altresì in dottrina da SPECIALE, *Contratti preliminari e intese precontrattuali*, cit., 110 e segg.; MALAGUTI, *Rilievi nell'ottica del proponente l'acquisto, su alcune clausole contenute nelle c.d. "proposte di acquisto"*, in *Riv. Notar.*, 1994, 62.

⁶² GAZZONI, *op. cit.*, 615.

⁶³ GAZZONI, *op. loc. cit.*

⁶⁴ PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 615. È ormai consolidata l'opinione incline a riconoscere alle norme in tema di interpretazione carattere precettivo, con conseguente sindacabilità o meno in sede di controllo di legittimità.

In argomento cfr. RIZZO, *op. cit.*, 223 e segg., specie 232, nonché la dottrina ivi menzionata. Osserva inoltre l'Autore che l'attività ermeneutica è da intendere, piuttosto che come ricerca della comune intenzione concepita come fatto, quale ricostruzione di un regolamento giuridicamente caratterizzato. Con la conseguenza che anche la ricerca di della comune intenzione non costituisce un giudizio di fatto ma richiede anch'essa la diretta applicazione delle norme interpretative, con ulteriore compressione dell'ambito di discrezionalità dell'interprete (*op. cit.*, 242 e segg.).

CE che impone ai giudici nazionali di interpretare le norme interne in conformità alle direttive, anche se il termine di recepimento non si ancora scaduto). — *Omissis*.

 (1) Nella pronuncia in epigrafe, il giudice si è trovato ad affrontare una questione sorta nell'ambito di un complesso rapporto negoziale: la parte attrice, la quale aveva stipulato, con la società concessionaria di automobili, un contratto di vendita di un autoveicolo e, con la banca, un contratto collegato avente ad oggetto il finanziamento finalizzato all'acquisto di tale bene, in seguito alla sopravvenuta risoluzione del contratto di fornitura per mutuo dissenso, ha convenuto solidalmente in giudizio tanto il fornitore quanto il finanziatore, domandando la risoluzione del contratto di mutuo e la restituzione delle rate corrisposte, in quanto venuto meno lo scopo per il perseguimento del quale era stato concesso tale finanziamento. La materia, quella del cosiddetto credito al consumo, trova la sua disciplina, tra le fonti di matrice comunitaria, nella Dir. 87/102/CEE alla quale è sopravvenuta la Dir. 2008/48/CEE, tuttavia non ancora recepita nell'ordinamento interno. La vicenda in oggetto ha aperto la strada a due ordini di problematiche: il primo, relativo alla possibilità o meno di ravvisare, nella vicenda *de qua*, la sussistenza del collegamento negoziale tra il contratto di finanziamento e quello di fornitura, con la conseguenza per cui, in caso affermativo, il sopravvenuto scioglimento del contratto di fornitura comporta la risoluzione del contratto di "prestito finalizzato", nonché la legittimazione in capo alla banca a richiedere la restituzione della somma mutuata non già all'acquirente bensì direttamente al venditore. Sul punto v. *infra* gli autorevoli contributi.

Il secondo ordine di problemi concerne piuttosto l'indagine su quale sia la legge applicabile da parte del giudice al caso di specie. Occorre, sul punto, compiere una benché sommaria ricostruzione dei rapporti intercorrenti tra le leggi e i principi di diritto interno, da un lato, e le norme comunitarie, dall'altro. Nell'annoso dibattito sui rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento interno ci si è a lungo chiesti se essi fossero da trattare quali due sistemi separati, o piuttosto se fosse più corretto considerare che ci si trova in presenza di un unico complesso apparato normativo, che deriva quale risultante della somma dell'ordinamento interno con quello comunitario¹. Il cammino per giungere ad abbracciare pacificamente questa nozione dell'attuale sistema delle fonti del diritto è stato non breve e travagliato, incoraggiato, com'è noto, dalla posizione ripetutamente assunta, in merito, dalla Corte di giustizia europea, la quale già nella celebre sentenza *Van Gend & Loos*² affermava che la stessa funzione ad essa attribuita, e consistente nella garanzia di una interpre-

tazione uniforme delle norme contenute nel Trattato istitutivo della Comunità europea è l'emblema della limitazione di sovranità che gli Stati membri hanno operato in forza della partecipazione all'Unione stessa, e che si sostanzia nella possibilità che il diritto comunitario sia fatto valere dai cittadini dei vari Stati davanti ai giudici nazionali. È pertanto in atto un processo di integrazione degli ordinamenti dei vari Stati con quello comunitario, che viene posto in essere ogni qualvolta in cui si include negli *iura* di cui si fa menzione in quel celeberrimo brocardo (*iura novit curia*) anche la legislazione comunitaria, che il giudice interno è chiamato ad interpretare ed applicare. Tra gli atti che le istituzioni comunitarie possono adottare, le direttive si connotano per il peculiare sistema attraverso cui gli Stati membri sono tenuti a dare ad esse attuazione, trasponendo il contenuto sostanziale del testo della direttiva all'interno di un atto avente la veste formale di una delle fonti del diritto interne, entro un termine previsto dalla direttiva stessa.

La direttiva, rivolta a determinati Stati membri ed adottata generalmente quale strumento d'elezione per l'armonizzazione e il ravvicinamento delle legislazioni nazionali soprattutto al fine della realizzazione del mercato unico, impone agli Stati stessi l'obbligo (che si qualifica come obbligo di risultato) di porre in essere tutte le misure idonee al perseguimento del risultato voluto dalla direttiva³. Tale obbligo si rivolge a tutti gli organi dello Stato, pertanto anche agli organi titolari del potere giudiziario. Su di essi grava in particolare l'obbligo di interpretazione della legge interna in modo conforme al diritto comunitario, vincolo che trova la sua origine nel combinato disposto degli artt. 10, comma 2 e 249, comma 3, Tratt. CE. Pertanto i giudici nazionali non possono applicare immediatamente una direttiva finché essa non sia stata recepita, tuttavia, nell'applicare al caso di specie la legge e i principi di diritto interno, devono interpretare le norme statali nel modo che appaia il più possibile conforme all'oggetto ed allo scopo della direttiva che disciplina quella materia, e ciò indipendentemente dal fatto che la norma interna sia antecedente o successiva alla direttiva. La giurisprudenza comunitaria afferma che i giudici sono tenuti all'obbligo di interpretazione conforme soltanto dopo che sia scaduto il termine per la trasposizione previsto dalla direttiva. Tuttavia, *medio tempore*, essi devono evitare di fornire interpretazioni delle norme interne che siano tali da recare grave pregiudizio al perseguimento del risultato imposto dalla direttiva, e devono astenersi dall'adottare disposizioni tali da compromettere gravemente il risultato stesso⁴.

Recentemente la Corte di giustizia ha assunto una posizione ancora più netta con riguardo al modo in cui il giudice nazionale deve operare qualora una legge

¹ È stato autorevolmente osservato che il sistema giuridico è ora da pensare in termini di «ordinamento interno più ordinamento comunitario», il che vuol dire «ordinamento interno in quanto compatibile con quello comunitario»: in tali termini TIZZANO, *Postilla a BARONE, A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 1, 2006, 201 e segg.

² Corte giust. CE, 5 febbraio 1963 (in causa C-26/62), *Van Gend en Loos*, in *Racc.*, 23.

³ Sulla responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli per i danni causati dalla violazione del diritto comunitario cfr. SAGGIO, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Resp.*, 2001, 3, 223 e segg.

⁴ È il c.d. "obbligo di *standstill*" che si sostanzia nell'obbligo di buona fede. Cfr. Corte giust. CE, 18 dicembre 1997 (in causa C-129/96), *Inter-Environment Wallonie*, in *Racc.*, I, 7411 e segg.

interna sia difforme da una direttiva comunitaria per la quale non sia ancora scaduto il termine per l'*implementation*. Più specificamente, con la sentenza *Mangold*, la Corte obbliga l'interprete alla disapplicazione della legge nazionale contrastante con un principio generale, anche in presenza di una direttiva il cui termine di recepimento non sia ancora scaduto⁵, facendo discendere tale obbligo di interpretazione conforme dal principio di collaborazione tra Comunità e Stati membri di cui all'art. 10 Tratt. CE, letto congiuntamente all'art. 249 Tratt. CE.

Su tale impostazione si fonda la posizione assunta, nella sentenza qui in commento, dal giudice del merito, il quale, al fine di verificare se nella predetta vicenda sottoposta al suo esame fosse possibile ravvisare il fenomeno del collegamento negoziale, non soltanto ha fatto ricorso ai principi di diritto interno, ma si è anche avvalso della normativa comunitaria contenuta nella Dir. 2008/48/CEE, alla quale ha ritenuto di poter fare riferimento, benché essa non sia stata ancora recepita dall'ordinamento italiano ed il termine per la trasposizione non sia ancora scaduto, sulla base del principio di interpretazione posto dalla Corte di giustizia nella su richiamata pronuncia.

MATRIMONIO DEL DISABILE

TRIBUNALE VARESE (DECRETO), 6 ottobre 2009 — BUFFONE *Giudice* — M., ricorrente.

Matrimonio e divorzio — Capacità di agire — Amministrazione di sostegno — Limiti (Cedu artt. 7, 9; Cost. artt. 2, 32; C.c. artt. 85, 404, 409, 414; L. 3 marzo 2009, n. 18, artt. 1, 2).

La persona affetta da sindrome di Down non va trattata come un soggetto da curare ma come un soggetto da aiutare, ove la diversità si frapponga al completo e sano fruire dei diritti che l'ordinamento riconosce. Tra questi vi è il matrimonio, garantito al disabile ai sensi dell'art. 23 della Convenzione di New York ratificata in Italia dagli artt. 1 e 2 della L. 3 marzo 2009, n. 18, in quanto la sindrome di Down non priva il soggetto trisomico della capacità di orientarsi nelle scelte di vita, di emozionarsi, di scegliere per il proprio bene e se del caso affezionarsi o addirittura innamorarsi (1).

 *Omissis.* — La ricorrente dichiara che la sig.ra S. (maggiorenne) è affetta dalla sindrome di Down e tanto risulta dalla certificazione medica in atti nonché all'esito dell'esame della beneficiaria condotto ai sensi dell'art. 407, comma II, cod. civ. La madre chiede, dunque, di essere nominata amministratrice di sostegno onde poter provvedere a porre in essere alcune attività che la beneficiaria ha difficoltà ad eseguire personalmente: stipulare contratti, effettuare operazioni bancarie, etc.

La madre include tra gli atti giuridici per i quali chiede l'intermediazione del suo ruolo anche il matrimonio e le decisioni in ordine allo stato di salute.

All'esito dell'esame, ove la beneficiaria è apparsa portatrice di un ritardo mentale ma assolutamente capace di relazionarsi con il mondo esterno e con le persone con lei entrate

in contatto, è dato ritenere che l'istanza debba essere accolta nei termini ed alle condizioni che seguono.

La legge 9 gennaio 2004, n. 6 ha introdotto nel libro primo, titolo XII, del codice civile del capo I, nuove norme a disciplina ed istituzione dell'amministrazione di sostegno, con contestuale modifica degli articoli del cod. civ. in materia di interdizione e di inabilitazione, nonché relative norme di attuazione, di coordinamento e finali.

È stato, così, istituito, quale nuova figura di ausilio per gli incapaci, l'amministratore di sostegno, attingendo da una legge che ha la dichiarata finalità di tutelare, con la minore limitazione possibile della capacità di agire, le persone prive in tutto o in parte di autonomia nell'espletamento delle funzioni della vita quotidiana, mediante interventi di sostegno temporaneo o permanente. Più che di una riforma, si è trattato di una vera e propria rivoluzione istituzionale — come tale riconosciuta, nella sostanza, dalle Corti superiori (Corte Cost., 9 dicembre 2005, n. 440; Cass., 12 giugno 2006, n. 13584; Cass., 9 dicembre 2005, n. 440) — che ha confinato in uno spazio assai ristretto gli ormai "residuali" istituti della interdizione e dell'inabilitazione; la prima ormai soltanto operante (art. 414 c.c.) se ritenuta (e dimostrata) necessaria per assicurare adeguata protezione all'infermo di mente. Ai sensi del "nuovo" art. 404 c.c., la persona che, per effetto di una infermità ovvero di una menomazione fisica o psichica, si trova nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi, può essere assistita dal suddetto amministratore di sostegno, nominato dal giudice tutelare del luogo in cui questa ha la residenza o il domicilio. Ai sensi dell'art. 408 c.c., la scelta dell'amministratore di sostegno avviene con esclusivo riguardo "alla cura ed agli interessi della persona del beneficiario". L'amministratore di sostegno, in altri termini, differentemente dalle altre misure a protezione dell'incapace, non si sostituisce al rappresentato ma sceglie "con questo" il suo *best interest*.

Quanto alle concrete modalità "operative" dell'amministratore, reputa questo Giudice, condividendo le opinioni già espresse da altri giudici tutelari, che debba farsi riferimento alla Convenzione sui diritti delle persone con disabilità, fatta a New York il 13 dicembre 2006, e ratificata dall'Italia per effetto degli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009 n. 18. Il trattato in esame riconosce espressamente (lett. n del preambolo) "l'importanza per le persone con disabilità della loro autonomia ed indipendenza individuale, compresa la libertà di compiere le proprie scelte" (collocati nel novero dei "principi generali", v. art. 3 della convenzione). La Convenzione, all'art. 12 ("uguale riconoscimento dinanzi alla legge"), comma IV, chiaramente statuisce, poi: "Gli Stati devono assicurare che le misure relative all'esercizio della capacità giuridica rispettino i diritti, la volontà e le preferenze della persona, che siano scevree da ogni conflitto di interesse e da ogni influenza indebita, che siano proporzionate e adatte alle condizioni della persona, che siano applicate per il più breve tempo possibile e siano soggette a periodica revisione da parte di una autorità competente, indipendente ed imparziale o di un organo giudiziario".

Ed, allora, tutte le norme a tutela dell'incapace, da intendere come persona diversamente abile, (art. 1, comma II, Conv. New York: coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettuali o sensoriali) devono essere improntate ai seguenti principi:

- 1) la misura deve essere proporzionata ed adatta alle condizioni della persona;
- 2) la misura deve essere applicata per il più breve tempo possibile.

Nel caso di specie, tuttavia, la situazione clinica irreversibile della beneficiaria rende necessaria oltre che opportuna una nomina a tempo indeterminato, per garantire continuità di tutela.

Sussistono, all'esito dell'esame svolto, tutti i presupposti per l'apertura dell'amministrazione richiesta ma va precisato

⁵ Corte giust. CE, 22 dicembre 2005 (in causa C-144/04), *Mangold*, in *Foro It.*, 2006, IV, 133.

quanto segue in ordine alla istanza di prestare il consenso ai trattamenti sanitari in luogo della beneficiaria ed in ordine alla interferenza nel diritto della S. a contrarre matrimonio.

Quanto al primo profilo, il Giudice, nel procedimento in corso, non ha il potere di disporre, in alcun modo e per nessun caso (art. 32 cost.), neanche in via di urgenza, provvedimenti terapeutici contro la volontà del paziente. Le misure di amministrazione, peraltro, non sono «subite» dal beneficiario ma da questi «fruite» a suo vantaggio ed interesse. L'amministrazione di sostegno mira ad offrire a chi si trovi nella impossibilità, anche parziale o temporanea, di provvedere ai propri interessi uno strumento di assistenza che ne sacrifichi nella minor misura possibile la capacità di agire (Cass. civ., Sez. I, 12 giugno 2006, n. 13584; ma v. anche Corte cost. 9 dicembre 2005, n. 440). Ed, allora, l'amministratore è autorizzato alla cura del beneficiario nel perseguimento del suo best interest, con ciò anche potendo assumere scelte in ordine al trattamento sanitario, ma purché questo non sia imposto all'incapace ovvero realizzato in contrasto con le sue, pur flebili ma efficaci, scelte di autodeterminazione terapeutica. Si vuol dire che l'autodeterminazione terapeutica dell'incapace non viene «espropriata» in conseguenza della patologia, tanto più laddove il suddetto stato «patologico» sia la sindrome di Down. Ed, al riguardo, andrebbe chiarito che di patologia, *strictu sensu*, non si tratta, venendo in rilievo, come giustamente si osserva, una condizione genetica: il portatore della sindrome di Down, per il mondo del diritto, non è un «malato» ma una persona diversamente abile. Ed, allora, è persona che non va trattata come *soggetto da curare* ma come *soggetto da aiutare*, ove la diversità si frapponga al completo e sano fruire dei diritti che l'ordinamento riconosce.

È, ormai, noto, che tale situazione congenita non priva il soggetto trisomico della capacità di orientarsi nelle scelte di vita, di emozionarsi, di scegliere per il proprio bene, di capire e comprendere e, se del caso, affezionarsi o, addirittura, innamorarsi.

E, da qui, il secondo profilo in esame.

Decretare, con l'odierno provvedimento, che la beneficiaria potrebbe contrarre matrimonio solo con il consenso dell'amministratrice equivarrebbe a strappare la Carta costituzionale in quel nocciolo duro in cui è invulnerabile, rilevato, anche, che l'unica limitazione che, in tal senso, prevede il Codice è quella di cui all'art. 85 c.c. per l'interdetto per infermità di mente ed atteso che il diritto di sposarsi configura un diritto fondamentale della persona riconosciuto sia a livello sovranazionale (artt. 12 e 16 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, artt. 8 e 12 CEDU e ora all'artt. 7 e 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea proclamata a Nizza il 7-12-2000), sia dall'art. 2 della Costituzione.

Non può, inoltre, trascurarsi che un «divieto di nozze» implicito (che discenderebbe dal sostituire in tale scelta la madre della beneficiaria) violerebbe apertamente l'art. 5 della Conv. di New York già ricordata ove, all'art. 5, par. 2, sancisce che «Gli Stati Parti devono vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento».

Alle stesse conclusioni si perviene valorizzando l'art. 19 della Carta internazionale già citata che riconosce al disabile il diritto a scegliere «con chi vivere» al fine di avere una «vita indipendente».

Infine, per motivare ancora la reiezione dell'istanza qui in discussione, è opportuno (e necessario) ricordare il tenore dell'art. 23 della più volte menzionata Convenzione di New York del 13 dicembre 2006, e ratificata dall'Italia per effetto degli artt. 1 e 2 della legge 3 marzo 2009 n. 18:

Gli Stati Parti adottano misure efficaci ed adeguate ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità in tutto ciò che attiene al matrimonio, alla famiglia, alla paternità e alle relazioni personali, su base di uguaglianza con gli altri, in modo da garantire che: (a) sia riconosciuto il

diritto di ogni persona con disabilità, che sia in età per contrarre matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del pieno e libero consenso dei contraenti.

Vi è, poi, da tener presente che, in tempi recenti, coppie di soggetti entrambi portatori della sindrome di Down hanno regolarmente celebrato, in Stati Europei (Austria), il matrimonio. Si è assistito, in realtà, quanto ai soggetti trisomici, ad una frantumazione di alcuni stereotipi, grazie all'ausilio delle scienze di settore, e si è accertato che tra persone con tale sindrome possono nascere non solo amicizie ma anche fidanzamenti.

È vero che, nella Sua relazione, la psicopedagogista intervenuta ha escluso di poter consentire alla S. di contrarre matrimonio, ma si tratta di valutazione non supportata da idonea motivazione e, comunque, non coordinata con le attuali norme di diritto che non veicolano una simile possibilità in regime di amministrazione di sostegno.

Gli esiti dell'esame, peraltro, hanno consentito a questo Giudice di verificare il rapporto della beneficiaria con il mondo degli affetti allorché questa, con serena determinazione, sorridendo, ha dichiarato: «Io mi sposo con il mio fidanzato».

S. ha diritto di sposarsi.

La richiesta della madre, dunque, va accolta solo nei limiti di cui al dispositivo.

P.Q.M.

visti ed applicati gli artt. 404, 405, 409 cod. civ.,

Dichiara aperta l'amministrazione di sostegno in favore di S.

Nomina amministratore di sostegno M.

Assegna all'amministratore il compito di avere cura degli interessi patrimoniali e personali della beneficiaria, con obbligo di assisterla nelle attività quotidiane e nei trattamenti sanitari nonché con autorizzazione ad intraprendere iniziative con enti di assistenza o cura per garantire alla S. condizioni di vita ottimali.

Dispone che all'amministratore di sostegno vengano demandati i poteri-doveri di compiere le seguenti operazioni:

A) con rappresentanza esclusiva (art. 409, I, c.c.)

L'amministratore ha il potere di curare i rapporti giuridici della beneficiaria con tutti gli Uffici pubblici, con autorizzazione alla firma in luogo della S. e con l'esplicito riconoscimento alla sottoscrizione di istanze, nell'interesse della beneficiaria, verso pubbliche amministrazioni. Ha, altresì, il potere di porre in essere ogni adempimenti, fiscale o amministrativo che si dovesse rendere necessario nell'interesse della beneficiaria. La M. ha anche il potere-dovere di porre in essere tutte le attività bancarie necessarie nell'interesse della beneficiaria, con autorizzazione ad effettuare i prelievi resi occorrenti per far fronte alle spese quotidiane.

B) con assistenza necessaria (art. 409, I, c.c.)

Il beneficiario non può sottoscrivere contratti ed impegnare il patrimonio verso l'esterno se non con l'assistenza dell'amministratore, da intendere in senso stretto (presenza dell'amministratore di sostegno all'atto giuridico e sua sottoscrizione).

Dispone l'ablazione della capacità di agire del beneficiario per ogni negozio e atto economico-patrimoniale di straordinaria amministrazione, rammentando all'amministratore l'obbligo di chiedere l'autorizzazione al Giudice Tutelare per gli atti indicati negli artt. 374, 375 e 376 del codice civile e quello di informare tempestivamente la persona circa gli atti da compiere, nonché il Giudice Tutelare in caso di dissenso con essa.

Ordina all'amministratore di sostegno di riferire per iscritto al Giudice Tutelare, entro la fine di settembre di ogni anno, circa l'attività svolta e le condizioni di vita del beneficiario, con opportuno rendiconto.

Il beneficiario conserva la facoltà di compiere senza l'amministratore di sostegno gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana e tutti quelli per i quali la sua capacità di agire non viene limitata dal presente provvedimento. — Omissis.

(1) Il matrimonio della disabile sofferente della sindrome di Down

SOMMARIO: 1. La fattispecie oggetto di causa. — 2. Le motivazioni del giudice. — 3. Il matrimonio e l'amministrazione di sostegno: la svolta decisiva della L. 3 marzo 2009, n. 18. — 4. Convenzione di New York sui diritti dei disabili e il diritto al matrimonio.

1. La fattispecie oggetto di causa.

La fattispecie decisa dalla sentenza in epigrafe concerne la richiesta di amministrazione di sostegno proposta dalla madre di una giovane donna maggiorenne affetta dalla sindrome di Down. La peculiarità del caso, oggetto di interesse dei giornali di pubblica opinione¹, riguardava il fatto che la madre chiedesse al giudice tutelare la sua nomina quale amministratrice di sostegno della ragazza non solo per quanto atteneva la gestione della sua situazione patrimoniale, ma anche su questioni personalissime quali la celebrazione del matrimonio e le decisioni in ordine al suo stato di salute.

Il punto cruciale della questione, più che nella gestione degli interessi patrimoniali della ragazza, interessa il rapporto tra l'apertura della procedura di amministrazione di sostegno e la celebrazione delle nozze della giovane con il suo fidanzato, osteggiate dalla madre della medesima.

Il caso presenta alcuni problemi giuridici relativi alle conseguenze dell'entrata in vigore nel nostro ordinamento, per effetto della L. 3 marzo 2009, n. 18, della Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità relativamente alla valutazione della capacità di intendere e di volere della giovane disabile a contrarre matrimonio e dagli effetti della medesima sulla disciplina vigente dell'amministrazione di sostegno.

2. Le motivazioni del giudice.

La risposta data dal giudice varesino alle istanze della madre è innovativa e si distacca dall'unico precedente edito in materia del quale si ha conoscenza². Il giudice apre la procedura di amministrazione di sostegno accogliendo totalmente alla richiesta materna per quel che concerne gli interessi patrimoniali e parzialmente per quelli personali della beneficiaria, relativamente alla tutela della sua salute³.

Nello specifico viene disposto che:

— l'amministratore di sostegno operi *ex art.* 409 c.c. con la rappresentanza esclusiva nella cura dei rapporti giuridici della beneficiaria nei confronti delle amministrazioni pubbliche e con l'assistenza necessaria per la sottoscrizione di contratti e di impegni patrimoniali;

— venga predisposta l'ablazione della capacità di agire della beneficiaria per atti e negozi di straordinaria

amministrazione con l'obbligo dell'amministratore a chiedere l'autorizzazione al giudice tutelare per gli atti indicati negli artt. 374, 375 e 376 c.c.;

— venga consentito alla beneficiaria di «conservare la facoltà di compiere senza amministratore di sostegno gli atti necessari a soddisfare le esigenze della vita quotidiana e tutti gli atti per i quali la sua capacità di agire non viene limitata» dal decreto, e quindi anche in relazione alla celebrazione di valido matrimonio.

Tradizionalmente si considerava la persona disabile affetta da sindrome di Down incapace di contrarre matrimonio poiché la sindrome stessa provoca una «*abituale infermità di mente (che)* avrebbe giustificato l'emanazione di una sentenza di interdizione»⁴. Infatti, «per un interdetto l'art. 85 c.c. prevede l'incapacità di contrarre matrimonio»⁵. Invece, secondo la giurisprudenza di merito che si commenta, l'entrata in vigore della Convenzione di New York muta radicalmente la prospettiva di tutela delle persone affette da disabilità in prospettiva dell'assunzione dell'impegno della vita coniugale.

Per il mondo del diritto, afferma il giudice, la persona affetta da sindrome di Down non va considerata come «malata» ma come una «persona diversamente abile» e quindi «non va trattata come soggetto da curare, ma come soggetto da aiutare nella realizzazione della sua personalità e dei suoi progetti di vita». Ciò comporterebbe due importanti conseguenze. Innanzitutto, l'amministratore di sostegno è autorizzato alla cura del beneficiario nel perseguimento del suo *best interest*, potendo quindi assumere scelte anche in ambito sanitario, purché queste non siano imposte all'incapace «in contrasto con le sue, pur flebili ma efficaci, scelte di autodeterminazione terapeutica». Viene quindi riconosciuto che la sindrome di Down, anche se rappresenta una «situazione congenita», «non priva il soggetto trisomico della capacità di orientarsi nelle scelte di vita, di emozionarsi, di scegliere per il proprio bene, di capire e comprendere e, se del caso affezionarsi, o, addirittura, innamorarsi». Per questo applicare l'art. 85 c.c., ovvero l'art. 119 c.c., che presuppongono l'apertura della procedura di interdizione del soggetto disabile, alla fattispecie in commento configurerebbe la violazione di un diritto fondamentale della persona garantito sia dall'art. 2 della nostra Carta costituzionale sia da fonti di riconoscimento dei diritti fondamentali di provenienza internazionale alle quali il nostro ordinamento è vincolato quali l'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948, gli artt. 8 e 12 della Cedu, nonché gli artt. 7 e 9 della Carta europea dei diritti fondamentali proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e ora richiamata dal Trattato di Lisbona. Ulteriormente, l'implicito «divieto di nozze» reclamato dalla madre della disabile, la

¹ PASOTTI, «Mia figlia non può sposarsi». «Ma il tribunale dice sì alle nozze», in *Il Giornale*, 13 ottobre 2009.

² Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *www.personaedanno.it*.

³ Per quanto concerne l'applicabilità dell'istituto dell'amministrazione di sostegno alle persone affette dalla sindrome di Down, v. in dottrina, CENDON-ROSSI, *Amministrazione di sostegno*, Torino, 2009, 485; MARCOZ, *La nuova disciplina dell'amministrazione di sostegno*, in *Riv. Notar.*, 2005, 525; ODDONE, *Medicina e medicina legale e sociale della protezione del soggetto*

fragile o incapace, in *Tutela, curatela e amministrazione di sostegno*, Torino, 2008, 130. In giurisprudenza si segnalano Trib. Trieste, 28 settembre 2007, in *www.personaedanno.it*; Id., 30 ottobre 2008, in CENDON-ROSSI, *op. cit.*, 486; Id. Catania, 29 gennaio 2008, in *www.personaedanno.it*; Id. Trieste, 24 gennaio 2006, *ivi*; Id. Bologna, 21 settembre 2005, *ivi*. In senso contrario, Id. Biella, 3 giugno 2008, in *www.personaedanno.it*.

⁴ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, *cit.*

⁵ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, *cit.*

quale vorrebbe sostituirsi nella scelta della figlia, violerebbe l'art. 5 della Convenzione di New York, il quale impone agli Stati Parti di «vietare ogni forma di discriminazione fondata sulla disabilità e garantire alle persone con disabilità uguale ed effettiva protezione giuridica contro ogni discriminazione qualunque ne sia il fondamento».

Va rilevato che il giudice ha disatteso la consulenza della psicopedagoga intervenuta. Con una motivazione giudicata «inadeguata», la consulente aveva escluso che la giovane disabile potesse consentire al matrimonio, inoltre la perizia non era «coordinata con le attuali norme di diritto che non veicolano una simile possibilità in regime di amministrazione di sostegno». Di conseguenza, il giudice aveva personalmente esaminato la beneficiaria al fine di verificare il suo rapporto con «il mondo degli affetti», rilevando che costei «con serena determinazione, sorridendo, aveva dichiarato: "Io mi sposo con il mio fidanzato"».

Nel suo complesso il provvedimento del giudice varesino appare condivisibile, perché orientato all'annullamento della condizione di *handicap* attraverso la realizzazione della persona umana quale valore assoluto⁶. In questo senso il provvedimento in commento segna concretamente un importante riconoscimento di un diritto fondamentale: in virtù del principio di non discriminazione⁷, il diritto a sposarsi non può essere escluso ad alcuno, ai sensi dell'art. 23 della citata Convenzione di New York⁸.

Tuttavia esso lascia spazio ad alcune perplessità, soprattutto nella realizzazione fattuale del riconosciuto diritto di sposarsi, specie in merito alla disciplina degli effetti patrimoniali del matrimonio. Si può immaginare che sarà un altro intervento del magistrato a coadiuvare nella scelta del regime patrimoniale più opportuno tra quelli previsti dalla legge. Anche in questa prospettiva ci si può chiedere quale sia la figura (*la madre? il marito? un terzo?*) più idonea nel rivestire tale carica in modo cooperativo, scevro da conflitti di qualunque genere ed allo stesso tempo neutrale.

3. *Il matrimonio e l'amministrazione di sostegno: la svolta decisiva della L. 3 marzo 2009, n. 18.*

Sotto il profilo tecnico la soluzione adottata dal giudice varesino trova il conforto della dottrina⁹, la quale osserva che il matrimonio è un atto personalissimo, il quale non ammette rappresentanza e non può essere posto in essere né dall'interdetto, né dall'inabilitato.

Sulla validità del matrimonio posto in essere dal beneficiario dell'amministrazione di sostegno la dottrina si divide.

La dottrina maggioritaria concorda sulla capacità di contrarre matrimonio da parte del beneficiario¹⁰ della procedura di amministrazione di sostegno e sulla non estensibilità degli effetti dell'art. 85 c.c. in questo ambito. Tale effetto non solo sarebbe contrario all'intenzione del legislatore, ma farebbe scaturire un divieto matrimoniale in pieno contrasto con il principio secondo cui una incisione così profonda nella capacità della persona non potrebbe dipendere da provvedimento discrezionale giudiziale¹¹ limitativo dell'esercizio di un diritto fondamentale come quello al matrimonio¹². La medesima dottrina, infatti, fonda questa tesi sulla circostanza che la libertà matrimoniale può essere esclusa solo dalla legge ed il codice civile inibisce il matrimonio al solo interdetto, la cui condizione non è assimilabile a quella della persona sottoposta ad amministrazione di sostegno¹³. Vi è poi la circostanza diversa che il decreto possa essere modificato in senso ablativo in seguito¹⁴, con l'esplicito riferimento all'art. 85 c.c. in relazione al divieto di matrimonio previsto per l'interdetto¹⁵. Taluno afferma che, in presenza di una procedura di amministrazione di sostegno in corso, il matrimonio del beneficiario può essere impugnato ai sensi dell'art. 120 c.c. quando si è in presenza di incapacità naturale¹⁶. Chi sostiene che il beneficiario di una procedura di amministrazione di sostegno non perda la capacità matrimoniale, comunque sottolinea che il giudice tutelare debba valutare caso per caso le effettive condizioni del medesimo¹⁷.

La dottrina minoritaria¹⁸ invece asserisce che in pre-

⁶ VENCHIARUTTI, *Carta europea e tutela dei soggetti deboli*, in *I diritti fondamentali in Europa*, XV Colloquio biennale dell'Associazione italiana di diritto comparato, Messina-Taormina, 31 maggio-2 giugno 2001, Milano, 2002, 64.

⁷ Nota sulla differenza tra principio di non discriminazione e principio di uguaglianza, CURCIO-GUARISO, *Art. 21*, in *La Carta dei Diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009.

⁸ In relazione al diritto di sposarsi, esso afferma che: «Gli Stati Parti adottano misure efficaci ed adeguate ad eliminare le discriminazioni nei confronti delle persone con disabilità in tutto ciò che attiene al matrimonio, alla famiglia, alla paternità e alle relazioni personali, su base di uguaglianza con gli altri, in modo da garantire che: a) sia riconosciuto il diritto di ogni persona con disabilità, che sia in età per contrarre matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del pieno e libero consenso dei contraenti».

⁹ CENDON-ROSSI, *op. cit.*, 773; QUERCI, *Art. 119*, in *Comm. C.C.* a cura di Cendon, Milano, 2009, 1373; FIGONE, *Art. 119*, in *Il codice della famiglia* a cura di Sesta, Milano, 2009; DI CRISTO, *Il matrimonio dell'interdetto. Art. 119*, in *Codice ipertestuale della famiglia* a cura di Bonilini, Confortini, Torino, 2009, 240.

¹⁰ FASAN, *Amministrazione di sostegno e ruolo del giudice*, relazione tenuta a Trieste il 16 aprile 2004 in occasione del corso

di formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura "L'amministrazione di sostegno" e disponibile sul sito internet www.csm.it; ANELLI, *Il nuovo sistema delle misure di protezione delle persone prive di autonomia*, in *Studi in onore di P. Schlesinger*, Milano, 2004, 4238; MORETTI, *La capacità del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Notariato*, 2005, 426; BALESTRA, *Gli atti personalissimi del beneficiario dell'amministrazione di sostegno*, in *Famiglia*, 2005, I, 629.

¹¹ BONILINI, *Art. 411*, in *Dell'amministrazione di sostegno, artt. 404-413* a cura di Bonilini, Tommaseo, Milano 2008, 425; in senso contrario all'estensione della efficacia dell'art. 411 c.c., ultimo comma; in questo ambito anche BALESTRA, *op. cit.*

¹² FERRANDO-QUERCI, *L'invalidità del matrimonio e il problema dei suoi effetti*, Milano, 2007, 126

¹³ FERRANDO-QUERCI, *op. cit.*

¹⁴ QUERCI, *op. cit.*, 1374.

¹⁵ SERRAO, *Poteri del tutore e dell'amministratore di sostegno in tema di cura della persona*, relazione tenuta al corso di formazione decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura "L'amministrazione di sostegno", Roma, 4-6 aprile 2007 e disponibile sul sito internet www.csm.it.

¹⁶ FIGONE, *op. cit.*

¹⁷ QUERCI, *op. cit.*, 1375; FERRANDO-QUERCI, *op. cit.*, 126.

¹⁸ CALÒ, *Amministrazione di sostegno. Legge 9 gennaio 2004, n. 6*, Milano, 2004, 133.

senza di «circostanze gravissime» sia ipotizzabile l'emanazione di un decreto con il quale il giudice tutelare estenda al beneficiario il divieto previsto per l'interdetto. Su questo punto viene rilevato che, se la situazione di incapacità fosse così grave, si dovrebbe far ricorso immediatamente all'interdizione giudiziale, alla quale conseguirà l'impedimento matrimoniale previsto dalla legge¹⁹.

In giurisprudenza, invece, si era a conoscenza di una sola altra pronuncia del giudice tutelare²⁰ in merito all'istanza di pubblicazioni matrimoniali da parte di una coppia di nubendi, dei quali uno — la fidanzata — sofferente della sindrome di Down. In questo caso, di fronte alla disabilità della giovane, il giudice tutelare ha aperto la procedura di amministrazione di sostegno su istanza dei servizi sociali, nonostante entrambe le famiglie dei giovani fossero d'accordo all'unione matrimoniale che avrebbe costituito una forma di protezione per la giovane.

Le motivazioni del giudice si sono soffermate su due punti principali. Da un lato, l'apertura del procedimento viene giustificata «con l'unico obiettivo di stabilire per la beneficiaria la estensione del limite previsto dall'art. 85 c.c. affidando all'amministratore di sostegno un ruolo di guida e di mediatore tra la coppia, i servizi sociali, le famiglie, per seguire l'evoluzione di questa esperienza affettiva e la connessa maturazione della giovane»²¹. Dall'altro viene evidenziato che «la infermità/disabilità di cui E. è affetta non la rende certamente in grado di provvedere autonomamente ai propri interessi, consistenti, nel caso specifico, nella manifestazione di un consenso valido al matrimonio: viene qui ad esempio evidenziato che E., richiesta di riferire su quanto avesse appreso dal corso di preparazione al matrimonio seguito all'interno della parrocchia, ha spiegato che le avevano insegnato come comportarsi quando si entra in chiesa, come si veste la sposa... nulla riferendo in ordine alla vita matrimoniale; la maturità e la consapevolezza di questa giovane le consente certamente di percepire il legame verso il fidanzato e di manifestare il desiderio di stare con lui, ma con gli strumenti e gli obiettivi che potrebbero essere propri di una bambina nei confronti di una persona cara»²².

Il provvedimento triestino quindi non sembra valutare gli effetti patrimoniali di un eventuale matrimonio della giovane, concentrandosi soprattutto sugli aspetti personali e sul rischio, in verità comune a qualunque altra coppia²³, relativo al fallimento dell'unione e alle ripercussioni negative che questo evento ipotetico avrebbe potuto avere sulla personalità della beneficiaria.

In questo contesto ci si vuole soffermare su un passaggio particolarmente interessante della decisione triestina, ove il giudice afferma che, prima dell'introduzione dell'amministrazione di sostegno nell'impianto codicistico, non sarebbe stato possibile per il disabile sofferente la sindrome di Down sposarsi in quanto sofferente di «abituale infermità di mente», che avrebbe giustificato l'emanazione di una sentenza di interdizione, con la conseguente incapacità di contrarre matrimonio. L'interdizione quindi non consiste nello strumento più idoneo nella protezione del soggetto disabile in quanto priva totalmente il medesimo della capacità d'agire²⁴ nonché di accedere ad istituti che lo aiuterebbero a sviluppare la sua personalità. L'amministrazione di sostegno, al contrario, consentirebbe di valorizzare la crescita e la maturità del soggetto verso la concretizzazione di uno specifico progetto matrimoniale in modo tale da tener conto tanto delle condizioni soggettive del partner quanto dell'importanza del rapporto instauratosi con il *partner*²⁵. Questo istituto consentirebbe quindi di presidiare passo a passo gli sviluppi della personalità della persona sofferente della sindrome di Down²⁶.

4. Convenzione di New York sui diritti dei disabili e il diritto al matrimonio.

Quale contributo ulteriore ha apportato alla disciplina così organizzata il recepimento nell'ordinamento italiano della Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti dei disabili²⁷ Gli effetti sono significativi: innanzitutto, la Convenzione è destinata ad abbattere le barriere di discriminazione nei confronti dei disabili in tutte le occasioni della vita sociale e personale. Per quanto concerne le questioni inerenti al matrimonio, alla famiglia, alla paternità la Convenzione invoca la predisposizione di misure efficaci ed appropriate al fine di eliminare le discriminazioni contro le persone affette da disabilità «sulla base dell'eguaglianza con gli altri»²⁸. In tal modo si dovrebbe assicurare il riconoscimento a «il diritto di ogni persona con disabilità, purché in età da matrimonio, di sposarsi e fondare una famiglia sulla base del consenso libero e pieno dei contraenti»²⁹. La Convenzione, quindi, lascia uno spazio di valutazione della validità del consenso del disabile. In questo contesto l'istituto dell'amministrazione di sostegno e l'applicazione che ne ha fatto il giudice varesino sembrerebbero pienamente rispettose degli obiettivi prefissati dalla Convenzione nel bilanciamento tra esigenze di protezione del disabile e valorizzazione della sua personalità nel rispetto delle sue scelte di vita. Siccome l'art. 23 della Conven-

¹⁹ BONILINI-CHIZZINI, *L'amministrazione di sostegno*, Padova, 2004, 253; NATALE, *Art. 85*, in *Codice ipertestuale della famiglia*, cit., 184.

²⁰ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, ampiamente commentata in CENDON-ROSSI, *op. cit.*, 771 e segg.

²¹ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, cit.

²² Trib. Trieste, 28 settembre 2007, cit.

²³ CENDON-ROSSI, *op. cit.*, 778.

²⁴ Trib. Trieste, 28 settembre 2007, cit.

²⁵ QUERCI, *op. cit.*

²⁶ CENDON-ROSSI, *op. cit.*

²⁷ Tra i materiali disponibili si segnalano: FOGGETTI, *Con la*

creazione dell'Osservatorio nazionale fatto il primo passo per adeguarsi alla disciplina, in *Guida Dir.*, 2009, 15, 35; SIMONETTI, *La Convenzione ONU sui diritti dei disabili*, 2008; SEATZU, *La Convenzione delle Nazioni unite sui diritti delle persone disabili: i principi fondamentali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008; UNITED NATIONS, *From Exclusion to Equality: Realizing the Rights of Person with Disabilities*, Geneve, 2007, 9; SAULLE, *Il lungo cammino delle persone con disabilità*, 2007, consultabile su www.governo.it.

²⁸ Art. 23 "Rispetto del domicilio e della famiglia della Convenzione di New York del 13 dicembre 2006", cit.

²⁹ Art. 23, cit.

zione³⁰ non pone distinzioni tra disabili sofferenti di *handicap* fisici e disabili sofferenti di *handicap* psichici, l'istituto dell'amministrazione di sostegno sembrerebbe rispondere alle esigenze concrete della valutazione casistica necessaria sull'indagine della libertà e pienezza del consenso.

Nell'ottica dei «diritti presi sul serio»³¹ è corretto applicare le previsioni delle Convenzioni internazionali in modo che abbiano effetti concreti e non solamente simbolici o programmatici, ma occorre comunque pensare approfonditamente alla realizzazione pratica delle conseguenze, evitando la creazione di spazi vuoti tra la proclamazione dei principi giuridici e l'applicazione dei medesimi. In questa prospettiva l'istituto dell'amministrazione di sostegno si dimostra essere duttile ed efficace rispetto alle esigenze concrete della persona affetta da sindrome di Down.

ELENA FALLETTI

Sentenza in breve

ARRICCHIMENTO SENZA CAUSA

CASSAZIONE CIVILE, III SEZIONE, 19 maggio 2009, n. 11564 — *SENESE Presidente* — *FEDERICO Relatore* — *SCARDACCIONE P.M.* (diff.) — Comune di Tropea (avv.ti Natoli, Bordino) - Oxisud s.p.a. (avv.ti Lorenzoni, Savanco).

Cassa Trib. Vibo Valentia, 15 maggio 2003.

Arricchimento senza causa — Pubblica amministrazione — Azione di responsabilità contro gli amministratori degli enti — Carattere sussidiario dell'azione di indebito arricchimento — Esclusione (C.c. artt. 2041, 2042; D.L. 2 marzo 1989, n. 66, art. 23).

³⁰ In tema di vita familiare l'art. 23.1.b della Convenzione riconosce diritti alle persone con disabilità in relazione alla decisione libera e responsabile sulla scelta se avere figli e quanti, sull'intervallo tra la natalità di un figlio e l'altro e il diritto di accesso in modo appropriato alle informazioni sulla procreazione e pianificazione familiare, mentre l'art. 23.1.c garantisce alle persone con disabilità, inclusi i bambini, «la conservazione della loro fertilità sulla base dell'eguaglianza con gli altri». Il testo dell'art. 23 prevede altri quattro commi (dal secondo al quinto) che regolano i diritti delle persone con disabilità in materia di tutela, curatela, custodia e adozione di bambini, con l'imposizione agli Stati Parti di fornire un aiuto appropriato alle persone con disabilità nell'esercizio delle loro responsabilità di genitori (art. 23.2). L'art. 23.3 obbliga gli Stati Parti a garantire ai bambini con disabilità pari diritti per quanto concerne la vita in famiglia, soprattutto nella prevenzione dell'occultamento, dell'abbandono, del maltrattamento ovvero segregazione dei bambini con disabilità anche attraverso la realizzazione di misure di sostegno ai bambini disabili e alle loro famiglie. L'art. 23.4 assicura che il bambino disabile non sia separato dai propri genitori contro la sua volontà ovvero sulla base della propria disabilità. L'art. 23.5 impegna gli Stati parti a fornire assistenza e cura al bambino disabile anche quando la sua famiglia di appartenenza non sia in

L'azione di arricchimento senza causa, astrattamente proponibile nei confronti della pubblica amministrazione, non è consentita al privato che abbia la possibilità di far valere la propria pretesa direttamente nei confronti degli amministratori e dei funzionari degli enti pubblici mediante l'azione di responsabilità, giacché tale facoltà per il danneggiato esclude il requisito della sussidiarietà necessario per la proposizione dell'azione (1).

 (1) Il supremo Collegio, nell'affermare il principio espresso nella massima, implicitamente ammette che l'azione prevista dall'art. 2041 c.c. sia astrattamente configurabile anche nei confronti delle amministrazioni dello Stato¹.

Il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità ritiene infatti che l'azione di ingiustificato arricchimento è ammissibile contro la pubblica amministrazione, purché quest'ultima riconosca l'utilità dell'opera o della prestazione eseguita in suo favore². Il fatto materiale vantaggioso per l'ente pubblico costituisce quindi un requisito necessario ma non sufficiente, giacché occorre anche il riconoscimento dell'utilità da parte dell'amministrazione³. La manifestazione di volontà dovrà essere giuridicamente rilevante e quindi provenire dagli organi rappresentativi dell'ente, mentre non potrà essere desunta dalla mera acquisizione e successiva utilizzazione della medesima prestazione⁴.

In presenza di tali presupposti, il privato può dunque proporre l'azione di cui all'art. 2041 c.c. anche nei confronti della pubblica amministrazione.

Nella specie, l'amministrazione deduceva che la società danneggiata avrebbe dovuto proporre l'azione di responsabilità direttamente nei confronti degli amministratori dell'ente, responsabili del lamentato impoverimento, ai sensi dell'art. 23, D.L. 2 marzo 1989, n. 66, rilevando che l'attrice aveva a disposizione un altro rimedio giudiziale per poter far valere il proprio diritto all'indennizzo.

Fermi restando i requisiti propri dell'azione di indebito arricchimento⁵, l'aspetto problematico della vicenda consiste quindi nella sussistenza del requisito della sussidiarietà dell'azione, in quanto l'art. 23, D.L.

condizioni di prendersi cura di lui, e ove ciò non sia possibile, con il sostegno di una comunità in un ambiente familiare.

³¹ DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1978, trad. it. *I diritti presi sul serio*, Bologna, 1982.

¹ Cfr., per una dettagliata analisi dell'istituto dell'indebito arricchimento applicato alla pubblica amministrazione, ROMANO, voce "Indebito arricchimento nel diritto amministrativo", in *Digesto Pubbl.*, VIII, Torino, 1993, 208.

² Cass., 2 aprile 1999, n. 3222, in *Mass. Giur. It.*, 1999; in senso contrario, in dottrina BIANCA, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 814.

³ Tra le tante v. da ultimo Cass., 2 aprile 2009, n. 8020, inedita, la quale precisa che il riconoscimento può avvenire in maniera esplicita, cioè con un atto formale, ovvero in modo implicito, cioè mediante l'utilizzazione dell'opera o della prestazione consapevolmente attuata dagli organi rappresentativi dell'ente.

⁴ Cass., 31 gennaio 2008, n. 2312, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "Arricchimento senza causa", n. 14, e, per la motivazione, in *Foro Amm. Cds*, 2008, 2, 368.

⁵ Cfr. per un'analisi dell'istituto DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1993, 329.

n. 66/1989, convertito in legge n. 144/1989 e riprodotto nell'art. 35, D.Lgs. n. 77/1995, prevede uno specifico rimedio per il privato da esercitare direttamente nei confronti del pubblico dipendente che ha agito senza il rispetto delle prescritte formalità⁶.

D'altra parte, il carattere sussidiario dell'azione di arricchimento senza causa viene interpretato nel senso che presuppone che il danneggiato non abbia a disposizione nessun altro rimedio giudiziale per far valere la propria pretesa, in quanto la funzione dell'azione consiste nell'eliminazione di uno squilibrio determinatosi senza giusta causa quando il soggetto danneggiato non possa esercitare un'altra azione per ottenere l'indennizzo del pregiudizio subito⁷.

L'art. 23, D.L. n. 66/1989, dispone che qualsiasi spesa degli enti comunali debba essere assistita da un conforme provvedimento dell'organo competente e da uno specifico impegno contabile registrato nell'apposito bilancio di previsione; in caso di violazione di dette prescrizioni nell'acquisizione di beni o servizi, il rapporto obbligatorio si costituisce direttamente con l'amministratore o il funzionario che abbiano consentito la prestazione del privato. La giurisprudenza di legittimità ha inoltre precisato che la regola generale secondo cui gli eventuali vizi della deliberazione di autorizzazione a contrarre hanno rilievo esclusivamente nell'ambito interno all'organizzazione dell'ente, ma non incidono sulla validità ed efficacia del contratto privatistico di prestazione d'opera professionale, non esclude che il legislatore possa dettare, anche in questo campo, delle norme imperative, le quali trovano applicazione nei rapporti intersoggettivi, e condizionano pertanto la stessa validità dei contratti di diritto privato stipulati dalla pubblica amministrazione. Tale è il caso dell'art. 23, D.L. 24 aprile 1989 n. 66, convertito in L. 3 febbraio 1989, n. 144, il quale, subordinando l'effettuazione di qualsiasi spesa ad una deliberazione autorizzativa adottata nelle forme di legge e divenuta o dichiarata esecutiva, nonché all'impegno contabile registrato sul competente capitolo del bilancio di previsione, da comunicare ai terzi interessati, detta una disposizione che incide anche sui rapporti tra l'amministrazione ed i terzi⁸.

La Corte costituzionale, nell'affrontare una questione di legittimità della disposizione, ha precisato che la *ratio* della norma è pienamente aderente al dettato degli artt. 3 e 28 Cost. in quanto finalizzata, da un lato, al

rigoroso rispetto della legalità, dall'altro, a rafforzare il principio secondo cui la competenza ad esprimere la volontà degli enti locali resti effettivamente riservata agli organi a ciò deputati⁹.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, per effetto dell'art. 23, D.L. n. 66/1989, al regime di nullità del contratto per violazione delle norme regolatrici della sua formazione, tale per cui al privato veniva consentito di esperire l'azione di cui all'art. 2041 c.c., è subentrato quello della piena validità ed efficacia del contratto tra agente in proprio e fornitore «per via di una sorta di novazione soggettiva di fonte normativa dell'originario rapporto obbligatorio che avrebbe dovuto intercorrere con l'ente pubblico di cui l'agente è organo»¹⁰.

In sostanza, si verifica una vera e propria scissione del rapporto di immedesimazione organica tra agente e pubblica amministrazione che rende quest'ultima estranea agli impegni di spesa assunti in violazione delle relative norme di legge¹¹.

Tale ricostruzione deve però essere coordinata con quanto rilevato dalla Corte costituzionale in una decisione risalente alla metà degli anni Novanta¹², con la quale è stato chiarito che sussistendo il rapporto contrattuale esclusivamente tra il terzo contraente e il funzionario (o l'amministratore) che ha autorizzato l'effettuazione dei lavori di somma urgenza, se da una parte è vero che il terzo può, *iure proprio*, esperire l'azione contrattuale soltanto nei confronti del funzionario (o dell'amministratore) per conseguire il corrispettivo dei lavori, è vero anche che quest'ultimo, mentre è esposto a subire nel proprio patrimonio il depauperamento provocato dall'esercizio nei suoi confronti del diritto dell'altro contraente al conseguimento del prezzo, non ha per contro alcuna specifica azione per rivalersi nei confronti dell'ente nel cui patrimonio si è prodotto l'arricchimento.

In conclusione, in virtù della disciplina di cui all'art. 23, D.L. n. 66/1989, l'azione di indebito arricchimento nei confronti dell'amministrazione è impedita al terzo contraente, per mancanza del requisito di sussidiarietà, ma può invece essere proposta dal dipendente pubblico nei confronti dell'Ente ed il fornitore può surrogarsi, *ex art. 2900 c.c.*, all'amministratore inerte chiamando in giudizio la pubblica amministrazione anche contestualmente all'esercizio dell'azione di responsabilità prevista dal più volte menzionato art. 23, D.L. n. 66/1989.

⁶ V. nella parte motiva Cass., Sez. un., 11 settembre 2008, n. 23385, in *Rep. Giur. It.*, 2008, voce "Arricchimento senza causa", n. 17, e, per la motivazione, in *Corriere Giur.*, 2009, 1, 59, con nota di Di MAJO.

⁷ V. Cass., 2 aprile 2009, n. 8040, inedita.

⁸ Cass., 8 febbraio 2006, n. 2814, in *Rep. Giur. It.*, 2006, voce "Comune e provincia", n. 42, e, per la motivazione, in *Giur. Bollettino legisl. Tecnica*, 2006, 2, 455.

⁹ V. Corte cost., 30 luglio 1997, n. 295, in *Danno e Resp.*, 1998, 31, con nota di GIOIA.

¹⁰ In questi esatti termini Cass., 22 maggio 2007, n. 11854, in *Mass. Giur. It.*, 2007.

¹¹ Cass., 3 agosto 2000, n. 10199, in *Mass. Giur. It.*, 2000.

¹² Corte cost., 24 ottobre 1995, n. 446, in *Rep. Giur. It.*, 1995, voce "Responsabilità civile", n. 130, e, per la motivazione, in *Foro It.*, 1996, I, 21, con nota di CARINGELLA.