

# DIRITTO CIVILE II

**a.a. 2011 - 2012**  
**primo semestre**

Quale mero strumento di ausilio nello studio individuale dei casi e all'unico scopo di offrire una visione generale dei problemi trattati dal professore nel corso delle lezioni, si pubblicano di seguito alcune delle tracce svolte dagli studenti frequentanti (per ragione di privacy, senza l'indicazione dei rispettivi autori).

N.B. Poiché si tratta di testi **non** corretti dal docente, gli svolgimenti potrebbero contenere alcuni errori o imprecisioni ovvero non dare conto di tutte le soluzioni possibili. Pertanto, la lettura deve in ogni caso essere integrata con un attento studio individuale.

\*\*\*

## **CASO n. 1**

### **Leasing finanziario e mancata consegna del bene**

*Tizio, intenzionato ad acquistare un'autovettura per l'esercizio della propria attività di agente di commercio, si reca dalla concessionaria Alfa S.p.A. dove individua un veicolo di suo gradimento. Informato dal titolare della Alfa S.p.A. circa i benefici fiscali derivanti dal leasing, Tizio si reca allora dalla Beta Leasing S.p.A. per la stipulazione del contratto in questione. Raggiunto l'accordo con Beta Leasing S.p.A. in esso viene stabilito, tra l'altro, che la consegna dell'autovettura avverrà direttamente da Alfa S.p.A. a Tizio, con conseguente esonero da ogni responsabilità in proposito dalla Beta Leasing S.p.A. Inoltre, al termine del pagamento dei canoni, Tizio potrà, con il pagamento di una modesta somma di denaro, acquistare la proprietà dell'autovettura. Viene altresì convenuta una clausola risolutiva espressa per il caso di mancato pagamento anche di uno solo dei canoni di leasing. Subito dopo la stipulazione del contratto la Beta Leasing S.p.A. acquista da Alfa S.p.A. l'autovettura indicata da Tizio pagandone il prezzo; in prossimità del termine convenuto per la consegna a Tizio dell'autovettura la Alfa S.p.A. viene dichiarata fallita e per tale motivo la consegna non avrà luogo. A causa di ciò Tizio comunica alla Beta Leasing S.p.A. di non ritenersi obbligato a pagare i canoni pattuiti perché non ha mai ricevuto l'autovettura. Quid iuris?*

\*\*\*

#### Svolgimento n. 1

##### **- nozioni preliminari;**

Per locazione finanziaria, o leasing, si intende una operazione economica con la quale un soggetto, detto utilizzatore (nel caso di specie Tizio), acquisisce la disponibilità di un determinato bene, contro un compenso definito canone, fornito da una società di leasing (nel caso Beta Leasing S.p.A.), la quale, a sua volta, ne acquista la proprietà da un terzo soggetto, definito fornitore (nello specifico Alfa S.p.A.). In tale operazione la società di leasing ha la funzione del terzo intermediario tra fornitore ed utilizzatore. L'utilizzatore ha poi la possibilità, al termine del periodo di utilizzazione, di acquistare la proprietà del bene (c.d. diritto di riscatto), pagando il prezzo convenuto, generalmente di modesta entità. Il contratto di leasing, da un punto di vista economico, è vantaggioso per l'utilizzatore, in quanto ha la possibilità di acquisire un godimento di

un bene senza dover immobilizzare ingenti capitali, cosa che lo rende appetibile soprattutto quando abbia ad oggetto un bene strumentale per l'esercizio dell'attività di impresa, inoltre consente di acquisire beni soggetti a rapida obsolescenza senza acquistarne la proprietà, pertanto l'impresa utilizzatrice può provvedere in tempi rapidi e costi contenuti la loro sostituzione.

- l'aspetto giuridico del leasing;

Dal punto di vista giuridico l'intera operazione economica si articola in due contratti tra loro indipendenti. Il primo contratto viene stipulato tra la società di leasing ed il fornitore, e consiste in un semplice contratto di compravendita. Tale contratto non presenta profili peculiari se non il fatto che la dazione avverrà, nella maggior parte dei casi (ivi compreso quello della traccia) direttamente nelle mani dell'utilizzatore.

Il secondo contratto è il cuore dell'intera operazione, e consiste in un contratto atipico, intercorrente tra società di leasing ed utilizzatore. In tale contratto, la società di leasing si impegna a fornire la disponibilità di un bene dietro un compenso definito canone. Il contratto in questione presenta due profili su cui pare opportuna una riflessione: il primo riguarda la natura del contratto, il secondo riguarda la natura del canone.

*Natura del contratto;*

Il contratto, come già accennato, è un contratto atipico, pertanto espressione dell'autonomia contrattuale delle parti (art. 1322 c.c.). L'articolo 1322 c.c. comma 1 consente alle parti di concordare i contenuti che meglio si apprestano a perseguire gli interessi delle parti stesse purchè le clausole, come stabilito dal comma 2 del citato articolo, perseguano "*interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*". La frequenza del contratto di locazione finanziaria nella prassi commerciale non lascia alcun dubbio sulla meritevolezza di tutela degli interessi perseguiti dalle parti, come il parziale riconoscimento del legislatore della locazione finanziaria nella legge fallimentare (l. 267/1942 come ad oggi modificata).

Ai contratti atipici si applica la disciplina generale dei contratti, art. 1321 c.c. e seguenti, nonché, per analogia, tutte le norme applicabili ai contratti analoghi. La giurisprudenza, tuttavia, perviene all'applicazione di norme proprie di altri contratti tipici senza ricorrere all'analogia, ma riconducendo, talvolta anche in modo forzato, la disciplina del contratto atipico in quella dell'accordo tipico: si tratta dei c.d. contratti misti o complessi, ovvero quei contratti (atipici) in cui si fondono gli elementi causali propri di due o più contratti tipici. Al fine di individuare la disciplina applicabile al caso in questione, la giurisprudenza ha elaborato due criteri principali: criterio della prevalenza od assorbimento e criterio della combinazione. Il primo criterio consiste nell'analizzare il contratto in questione ed individuare la tipologia prevalente: oltre alla parte generale, al contratto in questione si applicherà anche la disciplina propria del contratto tipico prevalente. Il secondo criterio, invece, tiene conto dei singoli elementi causali, la cui disciplina, oltre alla già citata parte generale, sarà quella propria di quel singolo elemento tipico. La giurisprudenza tende ad utilizzarli entrambi, considerando il criterio dell'assorbimento come il principale, ma temperando i suoi risultati applicativi con il criterio della combinazione.

Nel caso di specie è possibile individuare due figure contrattuali tipiche analoghe al contratto di leasing: si tratta del contratto di locazione, art. 1571 c.c. e seguenti, ivi compresa la disciplina dell'affitto in caso l'oggetto del contratto sia un bene produttivo (art. 1615 c.c.), e il contratto di vendita con riserva di proprietà, art. 1523 e seguenti c.c.

La locazione, contratto con il quale una parte, definita locatore, garantisce il libero godimento di un bene alla controparte, definita conduttore, contro il pagamento di una somma di denaro periodica definita canone, presenta una peculiare disposizione all'art. 1526 comma 3 c.c., con la quale, ove espressamente convenuto, il conduttore ha la facoltà di acquistare la proprietà al

termine della locazione. Apparentemente il leasing non sarebbe altro che una forma del contratto di locazione, tuttavia ciò che distingue i due è la natura finanziaria<sup>1</sup> del contratto di leasing.

La vendita con riserva di proprietà consiste nel pagamento rateale di una somma di denaro al fine conseguire la proprietà di un bene al versamento dell'ultima rata. Inoltre i rischi per il deperimento della cosa ricadono sul compratore sin dal momento della consegna (art. 1523 c.c.). Questi due aspetti accomunano il contratto in questione con la locazione finanziaria, tuttavia mentre con il contratto di leasing l'effetto traslativo consegue all'esercizio del diritto di riscatto, che altri non sarebbe che un comune diritto d'opzione (di natura potestativa), nella vendita con riserva di proprietà il citato effetto non è altro che il naturale svolgersi del contratto, infatti non occorre nessuna manifestazione di volontà affinché ciò si realizzi.

#### *Natura del canone di leasing;*

Come accennato precedentemente, il contratto di leasing svolge una funzione spiccatamente finanziaria, cosa che lo distingue rispetto alla figura tipica della locazione. Il leasing, infatti, consente all'utilizzatore di utilizzare un bene, generalmente produttivo, senza dover immobilizzare ingenti capitali, grazie all'azione di un terzo intermediario che ne acquista la proprietà. La società di leasing, dunque, svolge una funzione di anticipazione delle somme necessarie per acquistare il bene in questione.

Dalle premesse sopraesposte, ne consegue direttamente che le somme di denaro pagate dall'utilizzatore alla società di leasing non rappresentano solamente il corrispettivo per l'utilizzazione del bene, ma hanno anche una valenza ulteriore. Infatti, il canone pagato tiene conto anche degli interessi per il capitale prestato ed una parte del capitale concesso dalla società di leasing all'utilizzatore, oltre al normale margine di profitto che si riserva l'intermediario per l'attività svolta (cfr: Cass. Civ. Sez. I n. 10265/2000).

In base a questa considerazione l'utilizzatore, con il pagamento del canone, versa una parte di denaro per acquisire non solamente il godimento, ma anche la proprietà del bene. Ne consegue che in caso di risoluzione per inadempimento si potrebbe ipotizzare che l'utilizzatore abbia versato delle somme finalizzate all'acquisto della proprietà e non quali corrispettivo del godimento del bene; la giurisprudenza, per risolvere problemi come quelli appena elencati ed in considerazione del criterio della combinazione è intervenuta per classificare il leasing ed individuare la soluzione più equa.

#### - la risoluzione per inadempimento in giurisprudenza;

Precedentemente si è verificato come il contratto di leasing presenti delle caratteristiche del tutto analoghe alla vendita con riserva di proprietà e alla locazione. Queste due tipologie contrattuali, rispetto alla risoluzione per inadempimento, trovano una disciplina differente, come stabilito dall'art. 1458 comma 1 c.c. I contratti ad esecuzione istantanea, come nel caso della vendita con riserva di proprietà, la risoluzione per inadempimento "*ha effetto retroattivo*", mentre per i contratti ad esecuzione continuata o periodica, come per la locazione, l'effetto "*non si estende alle prestazioni già eseguite*". Nelle due ipotesi, quindi, le somme pagate quali rate per l'acquisto della proprietà dovranno essere restituite,, mentre il locatore potrà ritenere le somme le pagate a titolo di canone di locazione. La disciplina generale, inoltre, consente al venditore di trattenere parte delle somme pagate quale "*equo compenso per l'uso della cosa*" (art. 1526 c.1 c.c.) ed estende tale disposizione anche quando i contraenti del contratto di locazione abbiano convenuto l'acquisto della proprietà in capo al conduttore al termine del pagamento dei canoni pattuiti (art. 1526 c.3 c.c.).

---

<sup>1</sup> vedi: natura del canone, pag. 2-3.

Individuate le discipline applicabili in caso di risoluzione per inadempimento, il problema ora si sposta su quale elemento causale consenta di qualificare il leasing quale contratto periodico ovvero istantaneo. La giurisprudenza ha raggiunto un orientamento consolidato, distinguendo la locazione finanziaria in base alla prevalenza tra la funzione traslativa o di godimento: si distingue, quindi, tra leasing di godimento e leasing traslativo. Il distinguo si basa sull'oggetto del contratto (cfr: Cass. Civ. Sez. III n. 6369/2002).

Il leasing di godimento ha per oggetto beni che, per loro natura o per la funzione che svolgono nel contesto produttivo dell'utilizzatore, risultano privi di un apprezzabile valore al termine del periodo di godimento (ad esempio perché soggetti ad una forte obsolescenza). Nel contesto descritto prevale la funzione di finanziamento del leasing, in quanto la possibilità di riscatto, ancorché astrattamente configurabile, risulta concretamente soltanto formale e remota. Il leasing di godimento si qualifica, quindi, come un contratto continuativo e si dovrà applicare l'art. 1458 c.c. nella parte in cui nega l'effetto retroattivo della risoluzione per i canoni già versati. Il leasing traslativo, invece, vede l'esercizio del diritto di riscatto come il normale evolversi del contratto, in quanto i beni hanno ancora un apprezzabile valore per l'utilizzatore. Il canone pagato da quest'ultimo comprende anche un'anticipazione del prezzo, pertanto la società di leasing dovrà restituire i canoni ricevuti, ritenendo soltanto l'equo compenso per l'uso della cosa.

Il problema della qualificazione del contratto di leasing trova la sua rilevanza anche in caso di fallimento di uno dei contraenti. L'art. 72/*quater* del R.D. 267/1942, riformata nel 2006 e 2007, stabilisce che se soggetto al fallimento è l'utilizzatore si applicherà l'art. 72 del medesimo decreto, il quale dispone la sospensione dell'esecuzione del contratto ineseguito o non completamente eseguito fino a che il curatore fallimentare non decida se sciogliersi dal contratto oppure decida di subentrare al fallito dando così esecuzione al contratto. Prima delle citate riforme i canoni di leasing versati subivano la sorte stabilita dalla giurisprudenza, a seconda che si trattasse di leasing di godimento o traslativo, attualmente, il legislatore ha disposto che la società di leasing avesse diritto alla restituzione del bene, ma questa dovrà versare nelle mani del curatore fallimentare la maggiore somma ricavata dalla vendita (o altro contratto di leasing concluso con terzi) a quanto preventivato dal valore normale di mercato. Le somme incassate da questa a titolo di canone di leasing, inoltre, non sono passibili di revocatoria. Il legislatore ha espresso la volontà di dettare una disciplina unitaria a prescindere dalla distinzione giurisprudenziale di leasing traslativo o di godimento ma tenendo conto delle peculiarità del leasing.

Il legislatore, però, non ha dettato una norma specifica per il fallimento del fornitore e non di una delle parti del contratto di leasing.

### **Aspetti problematici del caso di specie;**

Tizio e Beta leasing. S.p.A. stipulano un contratto di leasing contenente due particolari clausole su cui emergono delle criticità in fatto di validità e portata. La prima questione riguarda la clausola di esclusione della responsabilità, mentre la seconda riguarda la clausola risolutiva espressa.

- la clausola di esclusione della responsabilità;

Come sopra precisato, il contratto di leasing ha una funzione prevalentemente finanziaria. Questa funzione giustifica la clausola, spesso ricorrente nel contratto di leasing, con la quale l'intermediario esclude la propria responsabilità circa i vizi dell'oggetto materiale, ivi compresa la mancata consegna. Nonostante questa affermazione, si può sollevare un dubbio circa la validità e la portata della clausola in questione.

In primo luogo l'art. 1229 comma 1 c.c. sancisce la nullità di "*qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità per dolo o colpa grave*", restando in vigore soltanto fino alla

colpa lieve, purché sussistano le condizioni cui all'art. 1341 c.2 c.c. se inserite all'interno delle c.d. condizioni generali di contratto. In secondo luogo l'art. 33 del codice del consumo (d.lgs. 206/2005), qualifica come vessatorie le clausole che, "malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto", sanzionandole con la nullità (art. 35 del medesimo decreto), anche se limitate alla mera colpa lieve.

Tali rilievi, però, si prestano a molteplici obiezioni.

Innanzitutto, per quanto concerne l'art. 33 del codice del consumo, esso non risulta applicabile al caso di specie. Infatti il codice del consumo, all'art. 3, definisce quale consumatore "*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta*". Nel caso di specie, invece, Tizio è intenzionato ad acquistare l'autovettura per svolgere la propria attività di agente di commercio, ne consegue che le clausole, ancorché vessatorie, non seguono la disciplina stabilita dal codice di consumo. Tuttavia, in base all'art. 1229 c.c., applicabile in quanto disciplina generale, la clausola di esonero della responsabilità resterebbe valida solamente nella misura in cui esclude la colpa lieve.

Le affermazioni precedenti, tuttavia, partono dalla premessa che la clausola in questione sia qualificabile come clausola di esclusione della responsabilità. Tale premessa, tuttavia, non si esenta da critiche: sorge una responsabilità in capo ad un soggetto ogni qual volta sussista una obbligazione a cui egli sia tenuto all'adempimento. Nel caso di specie si affermerebbe che Beta Leasing S.p.A. abbia assunto l'obbligazione di consegnare e garantire l'esenzione dei vizi della cosa a favore del creditore Tizio. Tuttavia l'adempimento materiale spetta in capo ad Alfa S.p.A., anche se quest'ultima non ha alcun rapporto contrattuale con Tizio. La clausola in questione, dunque, non sarebbe qualificabile come clausola di esenzione della responsabilità ma inciderebbe direttamente sull'esistenza degli obblighi facenti capo Beta Leasing S.p.A. Da questa premessa discende che Beta Leasing S.p.A. non si impegna a consegnare direttamente il bene a Tizio, anzi, non ha alcun interesse ad ottenerne la disponibilità in quanto il suo ruolo di proprietario formale sottintende la funzione di intermediazione e finanziamento.

L'assenza dell'obbligo di consegna, ha sollevato, in passato, alcuni dubbi sulla liceità del contratto, in quanto privo di causa. Infatti parte della dottrina ha contestato la premessa affermando come il contratto miri a soddisfare l'interesse dell'utilizzatore a conseguire la disponibilità del bene, pertanto escludere l'obbligo di consegna in capo alla società di leasing equivarrebbe ad affermare che in un contratto di locazione il locatore non sia tenuto a consegnare il locale al conduttore. Il contratto, quindi, sarebbe nullo per assenza di causa. Tale posizione, tuttavia, non pare condivisibile, in quanto l'obbligazione che sorge in capo a Beta leasing S.p.A. può essere ricostruita in modo differente. Come precedentemente rilevato la società di leasing ha un ruolo di intermediazione tra fornitore ed utilizzatore: l'assunzione dell'obbligo di diretta consegna non sarebbe estraneo all'economia dell'intera operazione, in quanto Beta Leasing S.p.A. non avrebbe alcun interesse ad ottenerne la disponibilità anche solo per un periodo limitato. Beta Leasing S.p.A., piuttosto, sarebbe obbligata nei confronti di Tizio di compiere tutti quegli atti in suo potere al fine di far conseguire alla controparte il godimento del bene in questione. Inoltre la giurisprudenza è pacifica sul punto, pertanto si può tranquillamente affermare che la clausola dibattuta resta valida, purché si tenga conto che essa altro non sarebbe che una mera esplicitazione del contenuto del contratto di leasing (cfr: Cass. Civ. Sez. III n. 17767/2005).

*il fallimento di Alfa S.p.A.;*

Ciò che è stato precedentemente affermato, ossia l'assenza dell'obbligo di consegna gravante su Beta Leasing S.p.A., unitamente al fallimento di Alfa S.p.A. pongono Tizio in una situazione particolarmente gravosa. Occorre precisare che l'art. 72/*quater* non risulta applicabile al caso di specie, in quanto disciplina le fattispecie in cui è sottoposta alla procedura fallimentare una delle

parti contraenti il leasing, ne consegue che trova applicazione la disciplina generale sui rapporti pendenti, prevista dalla stessa legge fallimentare all'art. 72. L'articolo in questione obbliga il curatore fallimentare a dare esecuzione al contratto reale se quest'ultimo ha già prodotto l'effetto reale. Se ciò non si è verificato, il curatore fallimentare potrà optare per l'esecuzione subentrando al fallito, oppure sciogliersi dal contratto medesimo.

La compravendita stipulata tra Alfa S.p.A. e Beta Leasing S.p.A. può facilmente essere inquadrata tra i contratti ad effetti reali. In base all'art. 1376 c.c. vige il c.d. principio consensualistico, in forza del quale l'effetto traslativo si realizza *“per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato”*. Dunque parrebbe che il curatore fallimentare debba obbligatoriamente dare esecuzione al contratto consegnando l'autovettura a Tizio. Tuttavia si deve tener presente che nella generalità dei casi, l'acquirente ordina l'acquisto di una determinata quantità di beni individuati solo nel genere. In tal caso il legislatore ha dettato il successivo art. 1378 c.c., per il quale *“la proprietà si trasmette con l'individuazione”*, esso inoltre continua stabilendo *“l'individuazione anche avviene mediante consegna al vettore”*: nel caso di specie parrebbe quest'ultima l'ipotesi più verosimile. Quest'ultima ricostruzione nega il verificarsi dell'effetto traslativo, lasciando quindi nella discrezionalità del curatore fallimentare la scelta tra esecuzione del contratto o suo scioglimento.

Ipotizzando che il curatore fallimentare intenda sciogliersi dal contratto, ed ipotizzando che la clausola di esclusione della responsabilità sia nulla, Beta Leasing S.p.A. risulterebbe inadempiente, e di ciò dovrà risponderne a Tizio. La società di leasing, dunque, dovrà versare a Tizio il risarcimento del danno, nonché gli eventuali canoni già versati, ma avrà diritto ad ottenere da Alfa S.p.A. la restituzione del prezzo già versato, ma si potrà soddisfare soltanto in moneta fallimentare, che non consente l'integrale restituzione del prezzo.

Al contrario, sempre ipotizzando la nullità della clausola di esclusione della responsabilità, se il curatore fallimentare decidesse di dare esecuzione al contratto di compravendita, il problema non si presenterebbe pertanto Beta Leasing S.p.A. potrebbe agire contro Alfa S.p.A. al fine di ottenere l'esecuzione coattiva od ottenere il risarcimento integrale al di fuori delle procedure fallimentari.

Occorre tenere in considerazione la precedente affermazione circa la natura della presunta clausola esonerazione dalla responsabilità. Partendo dalle ricostruzioni precedenti, Tizio non potrebbe agire contro Beta leasing S.p.A., poiché su essa non grava alcun obbligo di consegna, e nel contempo quest'ultima, non avendo patito alcun pregiudizio dal momento che ha ricevuto i canoni dall'utilizzatore, non risulta legittimata ad agire contro Alfa S.p.A. Sembra quindi possibile affermare che Tizio non vi sia alcuna via affinché Tizio possa veder soddisfatta la propria pretesa o comunque ottenere una qualche forma di soddisfazione per equivalente.

La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, ha rilevato nel contratto di leasing una sorta di rappresentanza indiretta (cfr. Cass. Civ. Sez. III n. 17767/2005). Infatti la società di leasing, svolgendo una funzione di intermediazione, stipula un contratto con il fornitore al fine di soddisfare l'interesse di un terzo: si tratterebbe, dunque, di un mandato senza rappresentanza, in forza della quale la società di leasing agisce per conto dell'utilizzatore, ma non può spenderne il nome. Alfa S.p.A., nel stipulare un contratto con Beta leasing S.p.A. e al momento dell'inadempimento, fa sorgere in capo a sé stessa una sorta di responsabilità indiretta nei confronti di Tizio: quest'ultimo *“sostituendosi al mandatario [Beta leasing S.p.A.] può esercitare i diritti di credito derivanti dall'esecuzione del mandato”*, come stabilito dall'art. 1705 comma 2 c.c. L'operazione di sostituzione, però, mette a Tizio nella stessa condizione di un qualunque creditore del fallimento, pertanto egli potrà rivalersi nei confronti di Alfa S.p.A. ottenendo il pagamento in moneta fallimentare.

- la clausola risolutiva espressa;

Nel contratto intercorrente tra Beta Leasing S.p.A. e Tizio viene convenuto, in favore della prima, un diritto potestativo di risoluzione del contratto, in caso Tizio ometta il pagamento anche di un solo canone: si tratta di una clausola risolutiva espressa, la cui validità, tuttavia, presenta alcuni profili di criticità.

Secondo la disciplina generale, all'art. 1455 c.c., consente la risoluzione per inadempimento solamente se *“non di scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse del creditore”*. L'articolo in questione guida il giudice come criterio per distinguere le situazioni meritevoli di tutela giudiziale dalle risoluzioni pretestuose. La clausola risolutiva espressa, invece, consente alle parti di regolare autonomamente i motivi che possano spingere alla risoluzione, prescindendo dal principio della gravità. Dello stesso avviso risulta anche la giurisprudenza maggioritaria.

Il codice civile, tuttavia, detta una seconda norma per le clausole risolutive espresse, sancendo la nullità di tali clausole nel contratto di compravendita con riserva di proprietà: in base all'art. 1525 c.c. l'inadempimento del compratore deve essere pari almeno ad un ottavo del prezzo. Con questa disposizione il legislatore intende tutelare il legittimo affidamento del compratore a conseguire la proprietà del bene da eventuali abusi della clausola risolutiva espressa da parte del venditore. Specialmente nell'ambito del c.d. leasing traslativo, la situazione dell'utilizzatore è molto simile a quella dell'acquirente con riserva di proprietà: l'utilizzatore, infatti, può conseguire la piena proprietà del bene versando un prezzo minimo se non simbolico.

La giurisprudenza ha una posizione altalenante sull'applicabilità al leasing dell'art. 1525 c.c., ma un orientamento dottrinale tiene conto anche degli interessi dell'utilizzatore. Come precedentemente affermato, la funzione finanziaria del leasing fa sì che l'utilizzatore, attraverso il pagamento dei canoni, versi una somma di denaro quale prezzo per l'acquisto della proprietà del bene. Avendo già acquistato la proprietà per gran parte del valore, vi è il rischio che la società intermediaria abusi della clausola risolutiva espressa al fine di ottenere un vantaggio assolutamente indebito. Tale posizione, pur avendo facendo leva solo sul principio dell'equità, conclude affermando l'invalidità della clausola risolutiva espressa per inadempimenti *“di scarsa importanza”*. Tale dottrina nega a Beta Leasing S.p.A. la possibilità di chiedere la risoluzione per inadempimento.

Ipotizzando invece che la clausola in questione sia valida, la dichiarazione di non voler adempiere di Tizio potrebbe avere qualche effetto. L'art. 1219 comma 2 c.c. esclude la costituzione in mora del debitore se quest'ultimo dichiara, per iscritto, di non voler adempiere. Il riferimento normativo, tuttavia, si riferisce ai casi in cui la dichiarazione del debitore avvenga in un momento successivo al termine per l'adempimento, pertanto il riferimento normativo pare inappropriato. L'art. 1186, comunque, consente al creditore di far decadere dal termine stabilito in favore del debitore se quest'ultimo *“è divenuto insolvente od abbia diminuito, per fatto proprio, le garanzie date, o non ha dato le garanzie promesse”*: il testo normativo non cita affatto la dichiarazione di non voler adempiere antecedente al termine. Se la dottrina minoritaria è favorevole all'ampliamento dell'art. 1186 anche all'ipotesi citata, la dottrina maggioritaria, invece, resta assolutamente contraria. Seguendo la posizione di quest'ultima, quindi, Beta Leasing S.p.A. potrà chiedere la risoluzione per inadempimento solamente al momento in cui Tizio non paghi un canone.

- la risoluzione per inadempimento addebitata a Tizio;

Ipotizzando che Beta Leasing S.p.A. eserciti il suo diritto a risolvere il contratto, la sorte dei canoni già versati da Tizio risulterà differente a seconda della qualificazione del leasing. Se si tratta di un leasing di godimento, la società di leasing potrà trattenere i canoni e chiedere il risarcimento del danno, calcolato sulla differenza tra prezzo pagato ad Alfa S.p.A. e i canoni già trattenuti. In caso si

qualifichi il contratto come leasing traslativo, Beta Leasing S.p.A. è tenuta alla restituzione dei canoni già percepiti, tuttavia potrà chiedere il risarcimento del danno, che consiste, come per l'ipotesi precedente, nel prezzo pagato al fornitore (cfr: Cass. Civ. Sez. I n. 10265/2000). Con l'operare della compensazione, dunque, il risultato che si perverrà sarà sempre quello di vedere Tizio condannato al pagamento della differenza tra prezzo pagato dalla società intermediaria ad Alfa S.p.A. e canoni già pagati. Tizio, comunque, avrà diritto alla tutela giudiziale contro il fallito, ma otterrà ristoro soltanto in moneta fallimentare.

Ipotizzando, invece, che il curatore fallimentare decida di subentrare al fallito, in virtù della rappresentanza indiretta Tizio potrà agire contro Alfa S.p.A. per ottenere l'esecuzione del contratto o il ristoro per equivalente al di fuori delle procedure fallimentari. Egli, dunque, vedrà soddisfatta la propria pretesa con preferenza rispetto ai creditori fallimentari.



## CASO n. 2

### Contratto di assicurazione fideiussoria e garanzie a prima richiesta

*L'impresa Alfa stipula con l'impresa Beta un contratto di assicurazione fideiussoria mediante il quale la prima assume la garanzia del pagamento di un determinato debito della seconda verso l'impresa Gamma, entro i limiti del massimale.*

*Scaduta l'obbligazione principale senza che Beta abbia adempiuto, Gamma domanda il pagamento al garante Alfa.*

*Alfa eccepisce, tuttavia, l'intervenuta decadenza del diritto di Gamma alla garanzia, non avendo quest'ultima proposto le sue istanze nei confronti del debitore principale nel termine previsto dall'articolo 1957 comma 1, codice civile.*

*Gamma ribadisce peraltro la sua richiesta affermando, in primo luogo, che la norma richiamata non sarebbe applicabile al contratto di assicurazione fideiussoria; in via subordinata rilevando di avere comunque assolto l'onere imposto da tale norma avendo chiesto tempestivamente il pagamento al debitore principale mediante invio di lettera raccomandata.*

*Rileva infine, che, essendo stato dichiarato, prima del decorso del termine di decadenza, il fallimento dell'impresa Beta, non avrebbe più potuto utilmente iniziare un'azione giudiziale nei confronti di quest'ultima".*

\*\*\*

#### Svolgimento n. 1

Operazione preliminare, ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile al contratto in esame, è la qualificazione della fattispecie concreta, contratto di assicurazione fideiussoria, in uno schema astratto di disciplina.

Con il nome di assicurazione fideiussoria si indica un contratto molto frequente nella prassi, spesso denominato anche con altre locuzioni, in particolare "polizza fideiussoria", "cauzione fideiussoria" oppure "polizza cauzionale".

Emerge subito, all'interno delle diverse fattispecie contrattuali, la compresenza di elementi che, presi singolarmente, sarebbero riconducibili a differenti tipi contrattuali. Così, nello specifico, si parla di **polizza fideiussoria** dal nome del documento contrattuale (polizza) rilasciato dall'assicuratore come forma ad probationem del contratto concluso, contenente la promessa al pagamento al creditore garantito. Le locuzioni "**polizza cauzionale**" e "**cauzione fideiussoria**" evocano invece la figura di deposito cauzionale, contratto che prevede la consegna di una somma di denaro alla controparte o ad un soggetto terzo, a garanzia delle eventuali obbligazioni che possono derivare da danni cagionati alle cose oggetto di contratto. Si qualificano come forme particolari di deposito, pur sempre contratti reali sotto il profilo del perfezionamento delle fattispecie, ma in funzione di garanzia di un debito nella forma dell'eventuale risarcimento del danno, ed avente ad oggetto somme di denaro. A voler essere precisi si dovrebbe parlare di deposito irregolare, previsto dall'articolo 1782 c.c., in forza del quale il depositario acquista la proprietà del denaro ed è quindi tenuto a restituire, in ipotesi di adempimento del contratto, il "tantundem eiusdem generis et qualitatis", ovvero cose della stessa specie e qualità.

Dal punto di vista della struttura, il **contratto di assicurazione fideiussoria** è quel contratto concluso tra un'impresa (in genere una compagnia di assicurazione, oppure un diverso soggetto, quindi una banca o un altro intermediario finanziario) con il soggetto assicurato, avente ad oggetto la garanzia di un debito del debitore principale assicurato contro un soggetto terzo creditore, entro i limiti del massimale, e verso il pagamento di un corrispettivo detto "premio".

La struttura del contratto in esame riprende, dal punto di vista strutturale, lo schema del contratto a favore di terzi, disciplinato agli articoli 1411 e ss c.c.

Nel caso di specie:

- L'impresa Beta è il soggetto stipulante, debitore principale;
- L'impresa Alfa è il soggetto promittente garante;
- L'impresa Gamma è il soggetto terzo, creditore beneficiario;

Nella prassi accade spesso che il beneficiario fa credito ad un soggetto chiedendo però una garanzia che si sostanzia in un contratto di assicurazione fideiussoria, quale condizione in assenza della quale, di regola, viene negato il credito. Qualora il soggetto creditore aderisca al contratto, tale adesione non ha valore di partecipazione in senso tecnico al contratto che rimane tra lo stipulante e il promittente. Piuttosto, tale partecipazione del terzo, non essendo rilevante ai sensi dell'articolo 1411 comma 2 c.c. ai fini dell'acquisto del diritto, che si ha per effetto della stipulazione, ha funzione di rendere irrevocabile e non più modificabile la stipulazione a suo favore. Serve quindi a consolidare l'acquisto, che è già avvenuto, ma è ancora precario. Controprova della terzietà del creditore è il fatto che una sua eventuale adesione viziata, in quanto dolosa, non incide sul contratto stipulato tra debitore e garante. Il concetto è ribadito dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite 18 febbraio 2010 n. 3947, in cui letteralmente *“il terzo non è parte, né in senso sostanziale né in senso formale, del rapporto, e si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante, sicché la sua adesione si configura quale mera condicio iuris sospensiva dell'acquisizione del diritto, rilevabile per facta concludentia, risultando la dichiarazione di volerne profittare necessaria soltanto per renderla irrevocabile ed immodificabile ex art. 1411 c.c., comma 3 (Cass. n. 23708/2008 e n. 13661/1992); non rileva, difatti, che il contratto sia stato eventualmente stipulato anche con la partecipazione del creditore garantito, derivandone l'esclusivo effetto di obbligare direttamente la compagnia assicuratrice nei confronti del creditore stesso ed impedire che quest'ultimo, quale beneficiario della prestazione negoziata a suo favore dal debitore, possa dichiarare di non aderire alla stipulazione secondo la disciplina del contratto a favore del terzo (Cass. n. 7766/1990), anche se, alla forma giuridica bilaterale della stipulazione - in relazione alla quale il committente è terzo - corrisponde un'operazione economica sostanzialmente trilatera, in cui l'unica parte effettivamente interessata alla validità del contratto è il beneficiario della polizza, che ad essa condiziona l'erogazione delle sue prestazioni, potendo lo stipulante appaltatore anche non avere interesse all'effettiva validità ed efficacia dell'assicurazione (così, ancora, Cass. n. 23708/2008)”*.

Al modello contrattuale dell'assicurazione fideiussoria si fa frequente ricorso soprattutto per la sua funzione di garanzia particolarmente intensa dell'adempimento di un'obbligazione di risarcimento del danno, determinato dall'inadempimento di specifiche obbligazioni principali a favore dell'amministrazione, aventi ad oggetto importi elevati, o dalla violazione di specifici doveri di condotta. Particolarmente importante è l'assicurazione fideiussoria stipulata a garanzia dell'esatto adempimento delle obbligazioni gravanti sull'appaltatore di contratti di appalto, per l'esecuzione di opere o l'esecuzione di servizi a favore di pubbliche amministrazioni (appalto di lavori pubblici, vedi Codice dei contratti pubblici, decreto legislativo 163/2006, articolo 75: garanzie a corredo dell'offerta sotto forma di cauzione o di fideiussione bancaria, assicurativa o da parte di altri intermediari finanziari), oppure a garanzia delle eventuali anticipazioni all'appaltatore sul pagamento del corrispettivo dell'appalto. Il rafforzamento del credito si specifica anche nell'ulteriore garanzia che spesso lo stesso soggetto garante decide di apportare al suo adempimento, di regola nei confronti di una banca; il soggetto creditore quindi ha la possibilità di agire anche nei confronti del garante che è a sua volta contro garantito.

Leggi speciali prevedono inoltre la possibilità di prestare assicurazione fideiussoria a garanzia dell'adempimento di determinate tipologie di obbligazioni tributarie, di rimborsi d'imposta. Infine è prevista a favore del datore di lavoro pubblico o privato a garanzia del risarcimento del danno che questi possa subire in conseguenza di fatti dolosi commessi dal prestatore di lavoro (c.d. assicurazioni di fedeltà).

Quanto detto è soprattutto vero se nel contratto di assicurazione fideiussoria è presente la clausola "a prima richiesta", la quale importa la possibilità per il soggetto creditore di rivolgersi al garante il quale deve adempiere in termini rapidi all'obbligazione di garanzia, senza poter sollevare eccezioni relative al rapporto sottostante; sarà poi chiarito meglio in seguito questo profilo.

Si preferisce l'utilizzo di questo strumento negoziale rispetto agli altri strumenti di garanzia più tradizionali quali ad esempio il deposito cauzionale e la fideiussione. Il deposito cauzionale, come già specificato, ha ad oggetto somme di denaro; esso permette di avere forti certezze di garanzia (in caso di inadempimento, il depositario può trattenere la somma ricevuta), ma è poco funzionale dal punto di vista economico, poiché comporta una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali quale conseguenza ineludibile. La fideiussione, strumento di garanzia personale, data da un soggetto che, dal punto di vista economico, non riveste per legge un ruolo istituzionale, e ciò aumenta i rischi d'insolvenza.

La riflessione della dottrina e della giurisprudenza sul modello contrattuale di assicurazione fideiussoria ha conosciuto una progressiva evoluzione nel corso degli ultimi decenni.

Per lungo tempo l'assicurazione fideiussoria era configurata come un semplice sottotipo del tipo fideiussione e, in quanto tale, sottoposta alla sua disciplina codicistica. Questa configurazione è stata poi abbandonata, specificando tale contratto in alcuni casi come sottotipo innominato del contratto di fideiussione, quindi un contratto atipico speciale nell'ambito della fattispecie generale della fideiussione che rimane elemento prevalente e, in altri casi, come contratto misto con funzione di assicurazione e garanzia, ma con prevalenza del profilo causale della fideiussione che anche qui risulta prevalente. Nella sostanza, a parte la modifica del nomen juris, la scelta sulla disciplina da applicare all'assicurazione fideiussoria era considerata quella propria della fideiussione. Tuttavia è necessario dare evidenza a profili propriamente assicurativi dell'operazione svolta dalle parti. In particolare emerge subito il dato letterale: la denominazione polizza fideiussoria non è casuale. La garanzia, infatti, viene prestata da un'impresa di assicurazione secondo il modello tecnico-economico dell'operazione assicurativa, ovvero:

- il rilascio di una polizza, quale documento scritto necessario al creditore per il pagamento;
- il pagamento di un premio commisurato al rischio assunto dal garante. L'assicurazione, a differenza della fideiussione che non lo prevede per legge, è un contratto a titolo oneroso, il cui corrispettivo si sostanzia nel premio sempre calcolato rapportato al rischio;
- la distribuzione del rischio fra una pluralità di operazioni; il soggetto garante, infatti, inserisce il rischio in una pluralità di operazioni così da fare rilevare, nella sua distribuzione, il rischio medio.

Tuttavia nonostante la presenza di elementi tipici del contratto di assicurazione, è innegabile la funzione di garanzia svolta dall'assicurazione fideiussoria, per cui è possibile escludere si tratti di un sottotipo del contratto di assicurazione. È da escludere inoltre si tratti di un contratto misto in cui prevale l'elemento assicurativo, in quanto nel contratto di assicurazione fideiussoria vi sono elementi assenti nel contratto tipico di assicurazione.

In particolare:

- a) nell'assicurazione fideiussoria è presente, infatti, la promessa di garanzia del soggetto garante, profilo assente nel contratto di assicurazione.
- b) L'assicurazione inoltre è di regola esclusa per il fatto proprio: l'articolo 1900, comma 1 c.c., dispone che l'assicurato non potrebbe assicurare un fatto proprio e volontario qual'è l'inadempimento, imputabile al debitore stesso, dell'obbligazione garantita. Questa obiezione è tuttavia facilmente superabile argomentando nel senso che il beneficiario dell'operazione non è il debitore, ma il terzo creditore.

L'assicurazione fideiussoria, in quanto contratto concluso dal debitore, va comunque distinto dall'assicurazione del credito in senso stretto, ovvero quel contratto di assicurazione stipulato direttamente dal creditore quale parte del negozio e obbligato al pagamento del premio, al fine di coprire il rischio dell'insolvenza del debitore.

- c) Inoltre i diversi elementi indici di garanzia, quale causa principale dell'assicurazione fideiussoria, sono incompatibili con la funzione propriamente assicurativa; in particolare si fa riferimento alle norme che riconoscono, sotto vari profili, rilevanza all'inesattezza o reticenza delle dichiarazioni dell'assicurato. Ad esempio l'articolo 1892 c.c., il quale attribuisce al silenzio dell'assicurato o alle sue inesatte dichiarazioni una rilevanza, ai fini dell'annullamento, maggiore rispetto alla disciplina generale del contratto. Ciò che rileva è, infatti, solo il dolo commissivo, mentre quello omissivo rileva solo in alcuni casi previsti per legge. Tutto ciò è incompatibile con la realizzazione della funzione di garanzia che l'assicurazione fideiussoria offre al creditore che si vedrebbe pregiudicato il suo interesse dalla reticenza del debitore.

Quanto esposto non porta tuttavia ad escludere la natura assicurativa del rapporto tra debitore assicurato ed impresa assicurativa; porta piuttosto all'emergere della necessità di una scelta circa la sua natura e, conseguentemente, alla sua disciplina.

Le tesi che si fronteggiano oggi sono essenzialmente due:

- a) Tesi dottrinale che conferma quanto esposto sino ad ora, secondo cui il contratto di assicurazione fideiussoria configura un contratto atipico, sorretto da una duplice causa, assicurativa e di garanzia. Di conseguenza la disciplina applicabile si distingue:
  - Quella appropriata di garanzia (contratto autonomo di garanzia o fideiussione come sarà chiarito più avanti) per regolare il rapporto tra creditore e assicuratore garante.
  - Quella dell'assicurazione, in quanto compatibile, quanto al rapporto tra debitore assicurato e impresa di assicurazione.

Si tratta quindi di un contratto misto, con applicazione a ciascun elemento della disciplina del tipo a cui più si avvicina, con scelta della disciplina del tipo prevalente in caso di incompatibilità tra le norme (teoria dell'assorbimento attenuato).

- b) Tesi giurisprudenziale: l'orientamento più recente della Corte di Cassazione ritiene applicabile la disciplina dell'assicurazione al rapporto tra assicuratore e assicurato solo se sia accertabile, nel caso di specie, una specifica manifestazione di volontà, da parte dei contraenti, volta a ritenere applicabili le norme sull'assicurazione. Si dispone un'applicazione della disciplina del tipo prevalente, quindi quella della fideiussione, in quanto prevalente la funzione di garanzia (teoria della prevalenza o dell'assorbimento totale).
- c) Un orientamento giurisprudenziale configura un'interpretazione ancora più restrittiva, configurando la possibilità di applicazione delle sole norme in materia di assicurazione specificatamente richiamate nel contratto di assicurazione fideiussoria.

Sulla base di queste premesse la giurisprudenza ritiene ad esempio che il diritto dell'assicuratore al pagamento del premio si prescrive nell'ordinario termine di prescrizione, dieci anni, e non nel

termine annuale previsto dall'articolo 1952, comma 1 c.c.. Tuttavia è da tenere presente che l'articolo 2936 c.c., dispone l'inderogabilità delle norme sulla prescrizione.

A prescindere da dubbi che possono sorgere al momento dell'applicazione di specifiche norme, il problema della qualificazione della fattispecie concreta si risolve a seconda della tesi seguita; ma per quanto attiene il rapporto tra soggetto creditore e soggetto garante il risultato, applicando le due teorie, è sempre il medesimo, ovvero l'applicazione della disciplina della fideiussione.

Successivo problema sorge riguardo alla clausola di pronto pagamento apposta al contratto: come incide sulla qualificazione del contratto in esame e quindi sulla disciplina ad esso applicabile?

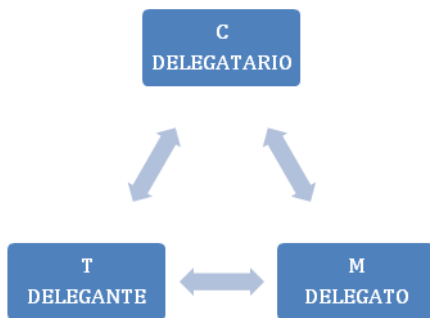
La presenza di tale clausola si traduce nell'impossibilità, da parte del soggetto garante, di sollevare eccezioni relative al debito garantito, relative quindi al rapporto di valuta tra debitore garantito e creditore. Tale clausola viene rilasciata dall'impresa assicurativa, a richiesta del debitore, finalizzata a svincolare l'obbligazione del garante dalla validità ed esistenza dell'obbligazione garantita; è una scelta di garanzia idonea ad assicurare quindi l'immediato soddisfacimento delle ragioni del creditore in caso di inadempimento. È necessario chiedersi se clausole di questo tipo siano compatibili con la qualificazione del contratto in termini di fideiussione e, quindi, con la disciplina che essa prevede. Le caratteristiche principali della fideiussione sono: dal punto di vista genetico, ai sensi dell'articolo 1939 c.c. "la fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un'incapace". Si configura come una garanzia accessoria, valida solo se è valida l'obbligazione a cui accede. Ai sensi dell'articolo 1941, comma 1 c.c. emerge uno stretto collegamento anche per quanto attiene il profilo oggettivo: l'obbligazione principale e l'obbligazione di garanzia condividono lo stesso oggetto, la stessa prestazione. Ciò è rafforzato anche da altre disposizioni in materia di fideiussione, quali ad esempio l'articolo 1945, secondo cui il soggetto fideiussore può sollevare, contro il creditore, tutte le eccezioni che spettano al debitore principale.

Di conseguenza, ai fini della qualificazione del negozio, non appare appropriato il riferimento alla figura della fideiussione, in quanto la presenza di clausole che implicano l'impossibilità di eccepire, esclude l'elemento fondamentale proprio della fideiussione ovvero l'accessorietà.

Il riferimento più opportuno sembra quello al contratto autonomo di garanzia. Parlare di garanzia autonoma può apparire una contraddizione in termini se il concetto di garanzia lo si intende in un'accezione restrittiva, ovvero la garanzia accessoria propria della fideiussione. Tuttavia i contratti di garanzia autonoma sono ritenuti all'unanimità validi e il concetto da garanzia deve essere inteso qui in un'accezione più ampia, ovvero una prestazione volta ad assicurare l'interesse del soggetto creditore, ovvero il suo pronto soddisfacimento, prescindendo dal rapporto sottostante. La funzione è quella di offrire certezza di un pagamento sollecito e non contestabile, sottraendo il creditore al rischio di inadempimento del debitore.

Il contratto autonomo di garanzia è configurabile in tante e diverse ipotesi. Si osserva che nell'ordinamento italiano si ritiene valida l'assunzione di un'obbligazione astratta dal rapporto di valuta nell'ipotesi di delegazione astratta, non titolata, in cui il soggetto delegato assume l'obbligazione del soggetto delegante verso il delegatario, astraendo dal rapporto sottostante di valuta.

Lo schema è il seguente:



Nel caso di specie, Mevio assume l'obbligazione di Tizio verso Caio; tale assunzione di obbligo, se non fa riferimento ai rapporti sottostanti relativi all'obbligazione principale, è astratta (promessa obbligatoria astratta) e ai sensi dell'articolo 1271 c.c., il soggetto delegato non può opporre al delegatario eccezioni relative al rapporto sottostante, tra il delegante e il delegatario. Tuttavia sebbene lo schema sia il medesimo, i due istituti, contratto autonomo di garanzia e delegazione astratta, hanno una diversa funzione. Nel contratto autonomo di garanzia il garante non è un successore del debito, ma svolge un'autonoma funzione di garanzia di un'obbligazione; nella delegazione il delegato è un soggetto che si affianca al delegante, diventando obbligato-debitore principale; si attua il trasferimento del debito in capo ad un altro soggetto, tecnicamente è modificazione soggettiva del rapporto obbligatorio.

L'impossibilità di opporre eccezioni da parte del soggetto che si è obbligato trova un limite in entrambi gli istituti. L'articolo 1271 c. 2 c.c. dispone che "Se le parti non hanno diversamente pattuito, il delegato non può opporre al delegatario, benché questi ne fosse stato a conoscenza, le eccezioni che avrebbe potuto opporre al delegante, salvo che sia nullo il rapporto tra delegante e delegatario", affermando quindi la possibilità di eccepire se i rapporti sottostanti alla promessa siano viziati. Per quanto attiene la garanzia autonoma il garante in taluni casi può opporre eccezioni rifiutandosi di pagare. Nello specifico si individua un limite iniziale che può verificarsi quando è illecito il rapporto garantito (illiceità e non qualsiasi vizio del rapporto di valuta); oppure un limite funzionale quando la richiesta del creditore sia evidentemente fraudolenta, ovvero quando vi siano prove certe, liquide e subito disponibili che la richiesta di pagamento sia palesemente infondata. *Esempio*: pagamento già avvenuto con quietanza. Si tratta della traduzione pratica del generale principio di divieto di abuso del diritto, la c.d. *exceptio doli generalis seu presentis*.

È necessario chiedersi quale sia quindi il valore di clausole che importano l'obbligo di pronto pagamento senza eccezioni. In particolare: rendono la garanzia autonoma?

La giurisprudenza è stata oscillante sul punto:

- Secondo un primo orientamento della giurisprudenza di legittimità si dispone l'incompatibilità con la disciplina della fideiussione, con la conseguente inapplicabilità delle tipiche eccezioni fideiussorie quali quelle fondate sull'articolo 1947, 1956 e 1957 ovvero decadenza prevista per l'ipotesi che il creditore non coltivi, dopo la scadenza dell'obbligazione, la propria pretesa nei confronti del debitore principale.
- Secondo un diverso orientamento dette clausole sarebbero idonee a valere anche come osservanza dell'onere di cui all'articolo 1957 c.c., prescindendo dalla proposizione dell'azione giudiziaria, trattandosi quindi di una deroga parziale di cui all'articolo 1957 c.c.
- La giurisprudenza più recente, Cassazione Civile a Sezioni Unite 18 Febbraio 2010 n. 3947 precisa che la previsione di siffatte clausole di pagamento manifesta una rilevante deroga alla disciplina legale della fideiussione rappresentando quindi "una valida espressione di autonomia negoziale".

Perché nelle clausole di pronto pagamento può ravvisarsi una deroga alla disciplina legale della fideiussione?

Le clausole in esame sono volte a precludere al garante l'opponibilità al creditore garantito delle eccezioni spettanti al debitore principale, in deroga alla regola essenziale posta dagli articoli 1945 e 1941 c.c., con l'effetto di svincolare in tutto o in parte, la garanzia dalle vicende del rapporto principale e di precludere la proponibilità delle eccezioni fideiussorie.

Una clausola di questo tipo è prevista all'articolo 1462 c.c. che prescrive " La clausola con cui si stabilisce che una delle parti non può opporre eccezioni al fine di evitare o ritardare la prestazione dovuta non ha effetto per le eccezioni di nullità, di annullabilità e di rescissione del contratto." C. 2 " Nei casi in cui la clausola è efficace, il giudice, se riconosce che concorrono gravi motivi, può tuttavia sospendere la condanna, imponendo, se del caso, una cauzione." cd clausola "solve et repete".

Qual è il valore di questa clausola? In quale rapporto sta con le clausole a prima richiesta? Il valore è quello di escludere la proponibilità dell'eccezione, costringendo la parte al pagamento immediato; resta tuttavia salva la possibilità di agire contro il creditore per recuperare quanto pagato indebitamente. Si fa quindi riferimento alle eccezioni cd. dilatorie, che mirano ad evitare il pagamento dell'immediato. L'efficacia di tipo sostanziale di tale clausola è evitare dilazioni, facendo selva la possibilità dell'azione per la ripetizione dell'indebito.

Nel contratto autonomo di garanzia, la clausola con cui si escludono le eccezioni ha una funzione più forte, ovvero si vuole escludere che il soggetto garante possa agire contro il creditore garantito per ottenere il pagamento; quindi in questa ipotesi si esclude totalmente la possibilità, per il garante di rivalersi, lasciando salva la possibilità di agire comunque nei confronti del debitore garantito sulla base del rapporto di provvista.

Si può concludere sottolineando come emergono diversi orientamenti circa la questione di idoneità della clausola di pagamento a prima richiesta a trasformare un contratto di fideiussione atipico in un Garantievertrag o contratto autonomo di garanzia. In particolare si possono evidenziare due orientamenti non omogenei della giurisprudenza di legittimità:

- L'inserimento di tali clausole è idoneo a qualificare di per sé il negozio come contratto autonomo di garanzia, essendo incompatibile con il principio di accessorietà che caratterizza la garanzia fideiussoria.
- L'inserimento di tali clausole non rende il contratto di garanzia autonomo "*per il solo fatto di presentare un patto che obblighi il garante a pagare, sulla richiesta del beneficiario, il quale gli dichiara essersi verificati i presupposti per l'esigibilità della garanzia, e senza poter opporre eccezioni attinenti al rapporto di base: la distinzione tra fideiussione e Garantievertrag andrebbe tratta, infatti, anche dalla considerazione dei profili funzionali della garanzia, e nel secondo caso la funzione sarebbe non già quella di garantire l'adempimento dell'obbligazione altrui o l'integrale soddisfacimento della pretesa risarcitoria traente origine dall'inadempimento del debitore, quanto quella, prossima a quella della cauzione, di assicurare al beneficiario la disponibilità almeno di una determinata somma di danaro, a bilanciamento di rischi tipici di determinati contratti. Un patto di rinuncia del fideiussore a far valere subito determinate eccezioni non altererebbe, peraltro, il tipo contrattuale, che resta caratterizzato, come la fideiussione, dal principio di accessorietà (artt. 1939 e 1945 cod. civ.): la clausola è dunque in sé valida, giacché, pur con riguardo alla causa del contratto di fideiussione ed alla relativa disciplina, essa costituisce una manifestazione di autonomia contrattuale, che resta nei limiti imposti dalla legge (art. 1322 cod. civ.), dalla quale si trae, insieme, che clausole limitative della possibilità di proporre eccezioni sono in certa misura ed a determinate condizioni consentite dall'ordinamento (art. 1341 c.c., comma 2), e che una clausola del tipo di quella di cui si discute non è in contrasto*

*con l'aspetto essenziale del contratto di fideiussione, aspetto rappresentato dall'accessorietà”.*

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite del 2010 concorda con il primo orientamento che *“ha l'ineliminabile pregio di consentire, ex ante, la necessaria prevedibilità della decisione giudiziaria in caso di controversia, restringendo le maglie di aleatori spazi ermeneutici sovente forieri di poco comprensibili disparità di decisioni a parità di situazioni esaminate, così che la clausola "a prima richiesta e senza eccezioni" dovrebbe di per sè orientare l'interprete verso l'approdo alla autonoma fattispecie del Garantievertrag, salva evidente, patente, irredimibile discrasia con l'intero contenuto "altro" della convenzione negoziale”.*

- Vi è infine una terza interpretazione più tenue: l'inserimento di una clausola di questo tipo incide solo sull'onere della prova, di conseguenza non spetta al creditore provare di avere diritto all'adempimento, ma al garante dimostrare che la pretesa creditoria è infondata.

Chiediamoci ora: qual è la disciplina applicabile al nostro contratto di assicurazione fideiussoria? È applicabile l'articolo 1957 comma 1?

Per costante riconoscimento della dottrina e della giurisprudenza non è sicuramente applicabile la disciplina del contratto di assicurazione, bensì, come abbiamo chiarito poco sopra in forza della recente sentenza della Corte di Cassazione, quella del contratto autonomo di garanzia. Per quanto attiene il problema dell'applicabilità dell'articolo 1957 comma 1, è necessario chiedersi se esso presuppone l'accessorietà della garanzia (in quanto norma dettata in materia di fideiussione), oppure può essere applicato anche ad una garanzia autonoma come nel caso di specie. L'articolo 1957 comma 1 dispone che *“ il fideiussore rimane obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro sei mesi abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate”.* La ratio della norma è quella di provocare il sollecito esercizio del diritto a tutela dell'interesse del garante, che deve poter sapere in termini ragionevolmente rapidi se il creditore sia o meno interessato all'adempimento.

È applicabile al nostro caso? La giurisprudenza propone orientamenti discordanti:

1. Secondo un primo orientamento la norma sarebbe inapplicabile alla garanzia autonoma poiché presuppone l'accessorietà dell'obbligazione del garante, presupposto che difetta nel contratto di garanzia configurata come autonoma.
2. Secondo un altro orientamento la norma sarebbe invece applicabile alla garanzia autonoma sul presupposto che la ratio non è il carattere accessorio della garanzia, ma l'esigenza di protezione del soggetto garante, esigenza propria anche del contratto autonomo di garanzia.

La Cassazione più recente, nella già citata sentenza n. 3947, dispone che al contratto autonomo di garanzia, in difetto di diversa previsione da parte dei contraenti, *“ non possa applicarsi la norma dell'art. 1957 cod. civ. sull'onere del creditore garantito di far valere tempestivamente le sue ragioni nei confronti del debitore principale, poichè tale disposizione, collegata al carattere accessorio della obbligazione fideiussoria (così Cass. n. 3964/1999 cit., ancora in tema di polizza fideiussoria; Cass. n. 11368/2002, in motivazione) instaura un collegamento necessario e ineludibile tra la scadenza dell'obbligazione di garanzia e quella dell'obbligazione principale, e come tale rientra tra quelle su cui si fonda l'accessorietà del vincolo fideiussorio, per ciò solo inapplicabile ad un'obbligazione di garanzia autonoma”.* Continua la Corte escludendo la configurabilità in termini di fideiussione che *“ in tal caso, la convenzione integrerebbe gli estremi della garanzia atipica in quanto, non potendo surrogare l'adempimento "specifico" di detta obbligazione (connotata dal carattere dell'insostituibilità), ha la funzione di assicurare, sic et*



*simpliciter, il soddisfacimento dell'interesse economico del beneficiario, compromesso dall'inadempimento. Essa risulta, pertanto, vicenda del tutto disomogenea rispetto al sistema delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili caratterizzate dall'identità della prestazione e dal vincolo della solidarietà (sussidiarietà)/accessorietà -, riconducibile di converso alla figura della garanzia di tipo indennitario, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto".*

Nel caso di specie l'accezione di Gamma sarebbe quindi infondata.

Tuttavia si può ipotizzare la soluzione al caso di specie, ritenendo applicabile l'articolo 1957 comma 1. Gamma reagisce chiarendo di avere assolto l'onere richiesto da tale norma attraverso l'invio di una lettera raccomandata. Dobbiamo chiederci se l'invio operato da Gamma integri l'onere di cui all'articolo 1957 comma 1. Sorge quindi un problema interpretativo in ordine al concetto di istanza.

Secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale l'onere per il creditore di tempestiva proposizione delle proprie istanze nei confronti del debitore, ai sensi dell'articolo 1957 comma 1, è soddisfatto solo a seguito della proposizione e prosecuzione di un'azione giudiziale nei confronti del debitore, quindi intendendo con ciò un'azione di condanna o un'azione esecutiva, non ritenendosi sufficiente una semplice intimazione stragiudiziale di adempimento. Di conseguenza la richiesta di pagamento compiuta da Gamma, nei confronti del debitore, mediante invio di lettura raccomandata, non risulta idonea ad impedire la decadenza dal diritto alla garanzia.

Emergono ora due ulteriori obiezioni:

1. Pur ritenendo ammissibile la sola istanza giudiziale, Gamma asserisce, quale circostanza preclusiva della proposizione tempestiva di azione giudiziale, per il recupero del credito, il fallimento del debitore Beta prima del decorso del termine di decadenza. Tuttavia è necessario specificare che se la dichiarazione di fallimento impedisce la proposizione di azioni esecutive individuali, resta possibile la tempestiva proposizione di domanda di pagamento nei confronti del debitore principale, (sempre dopo l'intervenuta dichiarazione del fallimento di quest'ultimo), nelle forme previste dalla legge fallimentare ossia proponendo istanza di ammissione del credito al passivo del fallimento, con soddisfacimento nei limiti del concorso con gli altri creditori, in moneta fallimentare. L'obiezione di Gamma non ha quindi fondamento.
2. Si può ritenere abbia significato l'autonomia del contratto nel senso di incidere sulla sua interpretazione? In altre parole, rileva l'autonomia della clausola a prima richiesta? Un recente orientamento della giurisprudenza ritiene che tale clausola non implichi la costituzione di una garanzia autonoma, ma avrebbe l'effetto di attenuare convenzionalmente il rigore formale dell'onere previsto dall'articolo 1957, comma 1 c.c., nel senso di rendere sufficiente, al fine di evitare la decadenza dalla garanzia, una semplice richiesta di pagamento inoltrata dal creditore al garante nel prescritto termine di sei mesi. Così dicendo si potrebbero ritenere fondate le ragioni di Gamma, ovvero la sua domanda di pagamento effettuata mediante tempestivo invio di lettera raccomandata al debitore principale, potrebbe ritenersi iniziativa idonea ad escludere la decadenza dalla garanzia (purché nello stesso termine abbia domandato il pronto pagamento anche al garante).

*Interessante da ultimo è porre l'attenzione su un profilo messo a fuoco dalla Cassazione a Sezioni Unite, nella sentenza n. 3947, ovvero la natura della polizza fideiussoria. Si parla di un contratto atipico, soprattutto se l'obbligazione garantita, il rapporto principale, è stata assunta da un soggetto appaltatore, quindi si tratta di una prestazione di fare tipica del contratto di appalto. La giurisprudenza di legittimità osserva che la natura della garanzia è atipica e non fideiussoria poiché manca un elemento proprio della fideiussione, ovvero l'identità dell'obbligazione tra debitore e*

garante. Più precisamente le prestazioni oggetto delle due obbligazioni sono le medesime, condividono lo stesso oggetto, e ciò si evidenzia in talune disposizioni quali l'articolo 1936 c.c. "è fideiussore colui che, obbligandosi personalmente verso il creditore, garantisce l'adempimento di un'obbligazione altrui", in combinato con l'articolo 1944 comma 1, "il fideiussore è obbligato in solido con debitore principale al pagamento del debito". Nell'obbligazione assunta dall'appaltatore, invece, il garante non si obbliga alla stessa prestazione, ma a pagare al creditore il valore dell'opera o il risarcimento del danno in caso di inadempimento del creditore. È la c.d. fideiussio indemnitis. Così si legge nella sentenza della Cassazione: "la polizza fideiussoria prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore costituisce una garanzia atipica in quanto essa, non potendo garantire l'adempimento di detta obbligazione, perchè connotata dal carattere dell'insostituibilità, può semplicemente assicurare la soddisfazione dell'interesse economico del beneficiario compromesso dall'inadempimento, risultando, quindi, estranea all'ambito delle garanzie di tipo satisfattorio proprie delle prestazioni fungibili, caratterizzate dall'identità della prestazione, dal vincolo della solidarietà e dall'accessorietà, ed essendo, invece, riconducibile alla figura della garanzia di tipo indennitario - cosiddetta "fideiussio indemnitis" -, in forza della quale il garante è tenuto soltanto ad indennizzare, o a risarcire, il creditore insoddisfatto". Continua la Corte, ripetendo il concetto: "la polizza fideiussoria, se prestata a garanzia dell'obbligazione dell'appaltatore, non ripete i caratteri morfologici della fideiussione, ma si configura come garanzia atipica (cd. fideiussio indemnitis), in quanto l'infungibilità della prestazione dell'appaltatore fa venir meno la solidarietà dell'obbligazione del garante e comporta che il creditore può pretendere da lui solo un indennizzo o un risarcimento, che è prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto".

\*\*\*

## Svolgimento n. 2

Il caso pone nella prospettiva di individuare la disciplina applicabile al contratto di assicurazione fideiussoria. Naturalmente l'individuazione della disciplina applicabile presuppone la previa qualificazione del contratto stesso, ovvero l'inquadramento della fattispecie concreta in uno schema astratto tipico, se esiste, o atipico.

Funzionalmente tale strumento negoziale si concreta nel rapporto di un soggetto (una compagnia di assicurazioni o un istituto bancario o altro intermediario finanziario) il quale, dietro il pagamento di un corrispettivo, detto premio, si impegna a garantire in favore di altro soggetto l'adempimento di una determinata obbligazione assunta dal contraente della polizza, nel caso di specie il garante assume la garanzia del debito dell'assicurato verso un terzo creditore entro i limiti del massimale. Non risulta poi inusuale in questo "articolato coacervo di rapporti nascenti" tra beneficiario della garanzia, garante e debitore principale (Trib. Torino 29.8.2002), la presenza di un quarto rapporto collegato, ovvero quello tra un secondo istituto di credito controgarante ed il primo garante: si avrà quindi una garanzia assistita da una controgaranzia.

Strutturalmente l'assicurazione fideiussoria è un negozio bilaterale articolato secondo lo schema del contratto a favore del terzo (artt. 1411 e ss. Cod. civ.). Ciò significa che il terzo non è parte del rapporto, né in senso sostanziale né in senso formale; si limita a ricevere gli effetti di una convenzione già costituita ed operante. L'eventuale adesione del terzo, in altre parole, non è necessaria ai fini dell'acquisizione del diritto che nasce dal contratto, bensì ha solo la funzione e l'effetto di rendere irrevocabile e non più modificabile la promessa dello stipulante (art. 1411 secondo e terzo comma cod. civ.) (Cass. n. 23708/2008 e Cass. n.13661/1992). Accade quindi che ad una forma giuridica rigorosamente bilaterale corrisponda un'operazione economica in

sostanza trilatera. Infatti un'attenta dottrina, pur riconoscendo al debitore principale la veste di stipulante, al garante la qualità di promittente, al creditore principale quella di terzo beneficiario, ha tuttavia precisato come, nella normalità dei casi, il testo della garanzia sia in realtà imposto al debitore dal beneficiario, da cui in sostanza parte l'iniziativa, ovvero la richiesta di prestazione di adeguata garanzia quale condizione e presupposto necessario per instaurare o mantenere il rapporto giuridico principale.

L'assicurazione fideiussoria è altresì denominata "polizza fideiussoria", "cauzione fideiussoria" o, ancora, "polizza cauzionale". La denominazione è dunque già di per sé indice di una compresenza di diversi elementi: la polizza è precisamente il documento contrattuale rilasciato dall'assicuratore e contenente la promessa di pagamento al creditore garantito; costituisce prova del contratto di assicurazione, è richiesta per la prova del contratto e non per la sua validità (atto scritto, forma ad probationem). La cauzione è un istituto che consiste nella consegna di una somma di denaro ad un terzo o ad una controparte a garanzia di eventuali obbligazioni che possano nascere da danni per deterioramento o perdita di cose. Il deposito cauzionale è una forma di deposito e come tale è contratto reale. Ha funzione di garanzia di un debito (eventuale o già esistente) e ha ad oggetto somme di denaro, siamo quindi di fronte ad una ipotesi di deposito irregolare (art 1782 cod. civ. depositario acquista la proprietà della cosa però poi è tenuto a restituire il tantundem). Le diverse locuzioni sopra elencate evocano anche l'affinità di tale strumento negoziale col deposito cauzionale ai fini di garanzia. Tuttavia, nonostante il deposito cauzionale fornisca ottime certezze al debitore circa l'intensità della garanzia, dal punto di vista economico è uno strumento poco funzionale in quanto provocherebbe l'effetto negativo di una lunga e improduttiva immobilizzazione di capitali. Rispetto la garanzia fideiussoria infine, la garanzia che deriva da un contratto di polizza fideiussoria risulta essere più efficace data la maggiore solvibilità del garante, a differenza del fideiussore che non è soggetto istituzionale, e data la ricorrente presenza di una clausola a prima richiesta o di pronto pagamento.

Tutti questi elementi che vanno nella direzione di una maggiore e più intensa tutela della posizione del creditore hanno contribuito ad un'ampia diffusione dello strumento contrattuale in questione, il ricorso al quale è diventato sistematico soprattutto in presenza di obbligazioni di importo consistente, come in materia di grandi appalti pubblici o finanziamenti di ammontare elevato. Tale strumento contrattuale infatti, seppur non disciplinato espressamente dal codice civile del '42, risulta essere menzionato in molte leggi speciali che lo prevedono come forma di garanzia sostitutiva della cauzione reale, normalmente richiesta per chi stipula contratti con la p.a. Con riguardo alla disciplina, si può fare riferimento in particolare all'art. 75 del nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 163/2006), secondo cui durante la fase di aggiudicazione dell'appalto, i concorrenti dovranno corredare l'offerta di una cauzione o di una fideiussione, a scelta dell'offerente, pari al due per cento dell'importo indicato nel bando di gara o nella lettera di invito. La cauzione può essere costituita in contanti o in titoli del debito pubblico garantiti dallo stato al corso del giorno del deposito a titolo di pegno a favore dell'amministrazione aggiudicatrice, mentre la fideiussione può essere bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari.

Per quanto concerne la natura giuridica di tale strumento negoziale, giurisprudenza e dottrina lo hanno diacronicamente considerato e analizzato, fino a giungere, almeno secondo la maggioranza delle pronunce, a porre l'accento sul carattere decisamente atipico della polizza, circoscrivendo tuttavia tale atipicità sempre all'alternativa tra causa assicurativa e causa fideiussoria in quanto entrambe compenetrano nel contratto di assicurazione fideiussoria (cfr Cass.civ.11.10.94, n.8295; Cass. civ. 9.1.1975, n.1709). Sempre secondo tale orientamento, gli aspetti prevalenti, e in un certo senso assorbenti, restano quelli tipici della fideiussione.

Per ragioni di completezza va sottolineato come un orientamento tradizionale, ormai risalente e abbandonato, inquadrasse la polizza fideiussoria tout court nell'ambito della fideiussione, ovvero la considerasse variante del tipo legale, 'sottotipo della fideiussione' (cfr Cass.17.6.1957 n.2299). Parte della giurisprudenza ha continuato a riferirsi alla polizza fideiussoria come ad un 'sottotipo della fideiussione', ma precisando come si trattasse di un 'sottotipo innominato'. Tale orientamento riteneva preminente la funzione di garanzia dell'adempimento di un'altrui obbligazione, pur nella consapevolezza della presenza di elementi tecnico economici dell'assicurazione idonei a distinguerla dalla fattispecie tipica della fideiussione (cfr. Cass. 8.2.1963 n.221; Cass. 9.6.1975).

Non si può in effetti non tener conto della presenza, all'interno del contratto di assicurazione fideiussoria, di elementi riconducibili al contratto di assicurazione.

La stessa denominazione 'polizza fideiussoria' non è casuale. Si prevede infatti il rilascio della polizza come strumento di prova del contratto, proprio come per l'assicurazione. L'assicurazione fideiussoria, inoltre, come l'assicurazione, è caratterizzata dal fatto di essere, necessariamente onerosa in quanto assunta dall'assicuratore in corrispettivo del pagamento di un premio, mentre la fideiussione può anche essere a titolo gratuito. Il modo in cui è calcolato il premio è analogo a quello previsto dal contratto di assicurazione ovvero il premio è commisurato al rischio assunto dal garante. Si può osservare ancora come nella polizza cauzionale il garante inserisca il contratto all'interno di una pluralità di operazioni e distribuisca quindi il rischio fra una pluralità di operazioni.

L'innegabile presenza di questi e altri elementi tecnici tipici del contratto di assicurazione non deve tuttavia portare a considerare l'assicurazione fideiussoria come sottotipo dell'assicurazione. Disattesa pressoché unanimemente è infatti la tesi volta a riconoscere natura essenzialmente assicurativa alla fattispecie in esame (sostenuta dalla sola, ormai risalente, Cass. 9.7.1943), in ragione degli aspetti in essa connaturati che assolvono alla funzione di garanzia.

Anche l'eventuale ipotesi (mai sostenuta), configurante la polizza fideiussoria come contratto atipico con prevalenza degli elementi tipici dell'assicurazione, può essere facilmente superata, muovendo dalla considerazione che molti fondamentali caratteri di tale contratto siano assenti nel contratto di assicurazione. La promessa di garanzia effettuata dal garante è aspetto caratterizzante del contratto di polizza fideiussoria ed è ovviamente assente nell'assicurazione.

L'assicurato non potrebbe assicurare un fatto proprio e volontario quale l'inadempimento dell'obbligazione garantita, stante il divieto ex art 1900 primo comma cod. civ. secondo cui l'assicuratore non è obbligato per i sinistri cagionati da dolo o colpa grave del contraente, dell'assicurato o del beneficiario, salvo patto contrario per i casi di colpa grave. Tale obiezione in effetti è superabile riflettendo sul fatto che il soggetto il cui rischio viene coperto risulta essere non il debitore bensì il terzo creditore che non partecipa all'accordo, secondo lo schema del contratto a favore del terzo. In ogni caso tale rilievo non porta a concepire il contratto di polizza fideiussoria come contratto atipico con prevalenza dell'assicurazione, bensì solo a constatare come il rapporto interno tra assicuratore garante e debitore assicurato possa presentare aspetti riconducibili al modello assicurativo. Va infine osservato come alcune norme della disciplina dell'assicurazione risultino in effetti inapplicabili a tale fattispecie, poiché la loro applicazione metterebbe a rischio la sicurezza della garanzia e la posizione stessa del creditore. Si pensi ad esempio al fatto che, nell'ambito della disciplina assicurativa, sia presente una normativa, in materia di vizi della volontà, diversa rispetto alla disciplina generale del contratto. Gli artt 1892 e 1893 cod. civ. riguardano rispettivamente dichiarazioni inesatte e reticenze con dolo o colpa grave (cause di annullamento) e dichiarazioni inesatte e reticenze senza dolo o colpa grave (possibilità di recesso per l'assicuratore). Come si può notare, in questo frangente è attribuito alla reticenza, al silenzio una rilevanza maggiore rispetto a quella che riveste nella disciplina generale. Tale

rilevanza del dolo omissivo in materia assicurativa è incompatibile con la funzione di garanzia della fattispecie in esame, infatti l'interesse del creditore rischierebbe di essere pregiudicato dalla reticenza del debitore.

Accertata la natura atipica del contratto, che vede la combinazione di elementi tipici dell'assicurazione e della fideiussione con una preminenza della funzione di garanzia e quindi della disciplina della fideiussione, si registra tuttavia in giurisprudenza un'oscillazione tra due distinti orientamenti.

Secondo il primo orientamento, ai rapporti interni tra debitore assicurato e garante assicuratore, dove sono più evidenti i riferimenti alla disciplina dell'assicurazione, si applicheranno le norme della disciplina dell'assicurazione che appaiono compatibili con la disciplina fideiussoria. In caso di incompatibilità infatti si ricorrerà alle norme del tipo normativo prevalente.

Altra parte della giurisprudenza (cfr Cass n.5450/1984) invece ritiene che si debba applicare la disciplina della fideiussione anche nei rapporti interni tra garante e debitore, ove non espressamente derogata, potendo infatti le parti, nella loro autonomia contrattuale, richiamare le norme sull'assicurazione nei rapporti tra debitore e garante. Secondo tale orientamento, quindi, anche nei rapporti interni tra garante e debitore si disapplica la disciplina dell'assicurazione in favore di quella della fideiussione, salva diversa espressa volontà delle parti.

L'ultima tesi considerata c.d. di assorbimento attenuato, tuttavia, è opinabile ed esposta a critiche. Infatti da un lato non tiene conto del fatto che esistono elementi tecnici, seppur non preminenti, tipici dell'assicurazione e rischia conseguentemente di non considerare la causa concreta, gli interessi concreti del contratto. Dall'altro lato porta a conclusioni non convincenti anche sotto un ulteriore aspetto: Nella disciplina della fideiussione infatti, non essendo presenti norme particolari, il diritto dell'assicuratore al pagamento del premio, si prescrive nell'ordinario termine decennale. Seguendo la tesi dell'assorbimento attenuato le parti di un contratto di assicurazione fideiussoria potranno, esercitando la loro autonomia contrattuale, scegliere di derogare alla norma che prevede la prescrizione decennale per applicare l'art 2952 primo comma cod.civ. in materia di assicurazione, secondo cui il diritto al pagamento delle rate di premio si prescrive in un anno dalle singole scadenze. Orbene le parti, potendo rendere applicabile una norma in materia di assicurazione altrimenti non applicabile in assenza di espressa volontà, sono messe nella condizione di scegliere, per esempio, quale regime di prescrizione adottare e questo è chiaramente in contrasto con il dettato dell' art 2936, per cui nullo è ogni patto diretto a modificare la disciplina legale della prescrizione.

Pur precisato per ragioni di completezza, come la prima tesi della combinazione delle due discipline superata dall'assorbimento della disciplina della fideiussione solo in caso di incompatibilità possa risultare preferibile, va tuttavia rilevato come, ai fini della soluzione del caso concreto in questione, non sia necessario scegliere quale orientamento adottare. Infatti la questione posta dal caso concreto riguarda l'escussione della garanzia, riguarda cioè il rapporto tra garante e beneficiario e non vi è alcun dubbio sul fatto che si tratti di un rapporto di garanzia.

Tutto ciò chiarito, è necessario ora chiedersi come incida l'inserimento della clausola a prima richiesta sulla qualificazione del contratto in esame e sulla disciplina ad esso applicabile, sempre nella prospettiva in particolare di definire l'applicabilità o meno dell'art 1957 comma 1.

La clausola 'a prima richiesta' (o 'di pronto pagamento'), elemento in realtà caratterizzante della fattispecie in esame, impegna il garante a pagare illico et immediate, senza poter opporre al creditore/beneficiario alcuna eccezione relativa al c.d rapporto di valuta (ovvero al debito garantito, al rapporto cioè tra debitore e creditore), in deroga quindi a quella che è la disciplina degli artt 1936, 1941 1945 cod.civ in materia di garanzia fideiussoria. In altre parole è necessario

chiedersi se tale clausola possa o meno essere compatibile col carattere necessariamente accessorio della garanzia fideiussoria, carattere ben esplicitato dagli artt 1939, 1941, 1945 cod.civ in materia di fideiussione, o se invece tale clausola renda la garanzia autonoma.

Il contratto autonomo di garanzia (Garantievertrag) venne ideato in Germania alla fine dell'800 per soddisfare esigenze di semplificazione del commercio e conobbe subito una notevole diffusione. Oggi, nonostante la difficile compatibilità di questo strumento con i parametri tradizionali cui dottrina e giurisprudenza hanno sempre fatto riferimento (il dogma dell'accessorietà del negozio di garanzia titolato e il requisito della causa negotii intesa come funzione economico sociale del negozio), il contratto di garanzia autonoma è approdato e accettato anche nell'ordinamento italiano, dove ha cominciato a diffondersi negli anni '70. Il Garantievertrag persegue un'esigenza certamente "meritevole di tutela", come richiede il dettato dell'art. 1322, secondo comma, cod. civ.; essa si identifica nell'esigenza di conferire maggiore certezza e fluidità allo scorrere dei rapporti economici (soprattutto transnazionali), nell'esigenza di garantire la posizione del creditore, assicurando il pronto soddisfacimento del suo interesse. Più che ad una garanzia del credito in senso tecnico siamo quindi di fronte ad una garanzia in senso lato, volta ad un pronto soddisfacimento della posizione del creditore, che è esigenza fondamentale in una economia di mercato. Infine va precisato come il contratto autonomo di garanzia, e in particolare la polizza fideiussoria soprattutto quando avente ad oggetto prestazioni di compimento di opere o prestazioni di servizi oggetto di un contratto di un appalto, appartenga di conseguenza alle garanzie di tipo indennitario (c.d. fideiussio indemnitalis) in quanto il creditore potrà solo essere tenuto indenne dai rischi derivanti dalla mancata o non corretta esecuzione dell'obbligazione, conseguendo unicamente la somma di denaro preventivamente pattuita (prestazione non identica a quella del debitore principale, ma solo equivalente in termini monetari). La fideiussione, in quanto garanzia accessoria, di converso appartiene al novero delle garanzie di tipo satisfattorio, potendo il creditore realizzare specificamente il soddisfacimento del proprio diritto (garante è obbligato alla medesima prestazione). In questo senso è ulteriormente rimarcata l'atipicità di tale garanzia, mancando l'elemento proprio della fideiussione ex art 1936 cod civ. Il fideiussore infatti assume la stessa obbligazione del debitore, è quindi obbligato in solido con il debitore principale al pagamento del debito,cosicché il creditore potrà rivolgersi per l'adempimento indifferentemente all'uno o all'altro (solidarietà passiva unica, anche se secondo il dettato dell'art 1944 potrebbe anche essere sussidiaria). Nel caso di appalto è molto evidente poiché il garante non è certamente un appaltatore: come affermano le sezioni Unite, *"la polizza fideiussoria, stipulata a garanzia delle obbligazioni assunte da un appaltatore, assurge a garanzia atipica, a cagione dell'insostituibilità dell'obbligazione principale, onde il creditore può pretendere dal garante solo un risarcimento, prestazione diversa da quella alla quale aveva diritto"* (Cass. civ., sez.un., 18.2.2010, n.3947).

Nel nostro ordinamento, in effetti, si può fare riferimento alla delegazione passiva astratta, in cui il delegante assume l'obbligazione astraendo dal rapporto di valuta sottostante. Nello schema della delegazione passiva il debitore assegna al creditore un nuovo debitore o comunque incarica un terzo di adempiere. Di norma tale negozio è astratto o puro, nel senso che le parti non fanno riferimento a nessuno dei due rapporti sottostanti (rapporto di provvista e di valuta), ovvero la promessa del terzo sarà astratta. Tale astrattezza si concreta nel fatto che, quando il creditore(delegatario) chiede l'adempimento,il delegato non potrà opporre eccezioni. Quindi esiste qualcosa di simile alla garanzia autonoma in un certo senso, anche se naturalmente la funzione della delegazione è diversa da quella di garanzia: La delegazione è infatti una vera e propria successione nel debito; ha la funzione di affiancare il debitore con la conseguenza che il delegato diviene l'obbligato principale. Nella delegazione astratta vi è un limite all'astrattezza: il

c.d. limite della doppia causa, secondo cui il delegato può opporre le eccezioni relative ai rapporti sottostanti quando entrambi siano viziati (art. 1271, secondo comma, cod. civ.).

La garanzia autonoma è dunque ammissibile perché vi è un interesse che la garanzia soddisfa ed è presente nel nostro ordinamento il modello della delegazione astratta con limite della doppia causa.

Dal 1987 infine la giurisprudenza italiana ha ammesso che il garante possa rifiutarsi di pagare, opponendo l'eccezione di dolo generale, quando l'escussione, sebbene inattaccabile alla stregua del tenore letterale del contratto, appaia fraudolenta, cioè confliggente con il generico dovere di comportarsi secondo i canoni della correttezza, purché vi siano prove certe e liquide dell'infondatezza della richiesta. Il garante potrà anche rifiutare il pagamento nel caso in cui sia illecito il rapporto garantito (vizio derivante da illiceità) perché vi è il principio generale secondo cui il vizio derivante da illiceità dovrebbe sempre poter essere fatto valere (cfr norme sulla simulazione in particolare art. 1417 cod.civ.).

Tornando quindi alla questione di partenza, appurata l'ammissibilità nel nostro ordinamento del contratto di garanzia autonoma, ci si chiederà se l'inserimento della clausola 'a prima richiesta' renda o meno la garanzia autonoma.

La giurisprudenza sulla questione è stata oscillante, ora affermando la mera attenuazione dell'accessorietà, ora riconoscendo come decisiva la formulazione letterale 'a prima richiesta senza possibilità di opporre eccezioni', ora predicando come necessaria un'analisi caso per caso..ecc. fino alla pronuncia delle Sez. Un della Cassazione 18.2.2010 n. 3947, la quale ha chiarito come l'apposizione di tale clausola, salvo che risulti diversamente dalla volontà delle parti, renda sempre autonomo il contratto di garanzia.

La giurisprudenza, avvallata dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 2010, sottolinea come la clausola in esame non vada equiparata alla clausola *solve et repete*, prevista dall'art 1462 cod.civ, né tantomeno a clausole rigorosamente procedimentali, volte alla sola inversione dell'onere probatorio.

Infatti la clausola *solve et repete* ex art 1462 prevede che il garante sia tenuto all'immediato pagamento, ma che comunque conservi la facoltà di sollevare le eccezioni e ripetere quanto pagato al beneficiario.

Mentre la clausola *di pagamento a prima richiesta* è volta a precludere la facoltà di una parte a proporre le eccezioni, la clausola *solve et repete* ha un valore meno forte poiché mira solo a differire temporalmente tale facoltà ad un momento successivo all'escussione della garanzia ovvero a rinviare la verifica della fondatezza dell'eccezione, dando la possibilità alle parti di scegliere di escludere la proponibilità della c.d. eccezioni dilatorie.

La clausola *a prima richiesta* invece ha la funzione di escludere del tutto che il garante possa, anche soltanto in via successiva, agire in sede di ripetizione nei confronti del creditore. Perciò nel contratto autonomo di garanzia è previsto un meccanismo interno di regolazione dei rapporti tra debitore e garante, il c.d. sistema delle rivalse. Il garante, infatti, potrà rivalersi nei confronti del debitore principale, sperando l'azione di regresso ex art 1950 cod.civ.( o più propriamente secondo parte della giurisprudenza attraverso un *actio mandati contraria*).

Quindi ciò premesso, la clausola *solve et repete*, così come quella rigorosamente procedimentale volta alla mera inversione dell'onere probatorio, non escludono l'accessorietà e possono essere ancora iscritte nell'orbita del negozio fideiussorio. Mentre la clausola *a prima richiesta* ha l'effetto di "autonomizzare il rapporto di garanzia rispetto al rapporto di base" (Cass., Sez. Un. 18.2.2010 n. 3947).

Le Sezioni Unite della Cassazione, con la pronuncia 18.2.2010 n. 3947, hanno sostenuto come l'apposizione della clausola *a prima richiesta* o *di pronto pagamento* o *senza eccezioni* sia

indice necessario e sufficiente per affermare la presenza di un contratto autonomo di garanzia, salvo prova contraria, ovvero salvo che vi sia una volontà chiara ed espressa delle parti volta a conservare l'accessorietà.

Tale scelta risponde all'esigenza di conferire certezza ai rapporti giuridici e alle decisioni del giudice.

La linea interpretativa adottata dalle Sezioni Unite dà continuità a uno degli orientamenti giurisprudenziali vigenti. Secondo un altro indirizzo minoritario, la presenza di tali clausole non è decisiva per la qualificazione del contratto come autonomo, dovendosi invece verificare "la relazione in cui le parti hanno inteso porre l'obbligazione principale e quella di garanzia." (cfr tra le altre Cass 3.3.2009, n. 5044, Cass., 7.1.2004, n.52).

Una volta convenuto che ci troviamo di fronte ad un contratto di garanzia autonoma, è chiaro come ad esso, della disciplina della fideiussione, potranno essere applicate analogicamente solo quelle norme che non siano state dettate in funzione del principio di accessorietà.

Nel caso di specie ci si interroga sull'applicabilità dell'art.1957 primo comma cod.civ. in materia di fideiussione. Art 1957 comma 1 prevede che il fideiussore rimanga obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro 6 mesi della scadenza abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate. Ponendo un onere a carico del creditore, la sua ratio è quindi quella di provocare il sollecito esercizio del diritto a tutela del garante. La questione dell'applicabilità o meno di tale articolo ad un contratto di garanzia autonoma, come può essere l'assicurazione fideiussoria con clausola a prima richiesta, è oggetto di dibattito in giurisprudenza.

Secondo un orientamento tale norma troverebbe applicazione anche con riferimento ad una garanzia autonoma, poiché l'art 1957 c.1 è espressione di un'esigenza di protezione del garante (tutela contro l'incertezza derivante dall'attesa). Tale esigenza prescinderebbe dall'esistenza di un vincolo di accessorietà tra l'obbligazione di garanzia e quella del debitore principale. (cfr Cass. civ., sez.I, 4.7.2003, n.10574).

Altre pronunce escludono l'applicabilità di tale norma, asserendo come essa presupporrebbe il carattere dell'accessorietà. Le Sezioni Unite (Cass.civ sez un 18.2.2010, n.3947) hanno aderito e sostenuto tale ultimo orientamento: l'articolo 1957 non troverebbe attuazione, con la conseguenza che il creditore beneficiario potrà escutere la garanzia, pur nel mancato rispetto dei termini di cui all'art stesso.

Seguendo questa autorevole tesi, il caso concreto vedrebbe soccombere le ragioni di Alfa per l'infondatezza dell'eccezione da essa sollevata circa l'intervenuta decadenza del diritto di Gamma alla garanzia per decorso dei termini di cui all'art. 1957.

Tuttavia il giudice potrebbe scegliere di non aderire alla tesi, seppur autorevole, avallata dalle Sezioni Unite della Cassazione.

Dunque, disattendendo tale orientamento e rifacendosi al primo, che prevede l'applicabilità di tale norma, sembra che l'eccezione di Alfa possa avere fondamento.

Però Gamma rileva, in via subordinata, di aver comunque assolto l'onere imposto da tale norma, avendo chiesto tempestivamente il pagamento al debitore principale mediante invio di lettera raccomandata.

Il dettato legislativo dell'articolo 1957 comma 1 sancisce come il fideiussore rimanga obbligato anche dopo la scadenza dell'obbligazione principale, purché il creditore entro 6 mesi della scadenza abbia proposto le sue istanze contro il debitore e le abbia con diligenza continuate. Si tratta di definire la portata dell'espressione "istanze contro il debitore". È certo che tali istanze debbano indicare in modo inequivocabile l'interesse del creditore all'adempimento. Muovendo da tale considerazione, l'orientamento più rigoroso della giurisprudenza afferma come tali possano essere solo le istanze giudiziali e non quelle stragiudiziali. Tale giurisprudenza precisa che "istanza"



si riferisce *“a tutti i vari mezzi di tutela giurisdizionale del diritto di credito in via di cognizione o di esecuzione che possano ritenersi esperibili al fine di conseguire il pagamento. Resta comunque escluso che in questo stesso termine possa rientrare un semplice atto stragiudiziale o una denuncia o una querela presentate in sede penale o un ricorso per accertamento tecnico preventivo”* (cfr cass. civ., sez II, 14.01.1997, n.283).

Va sottolineato comunque come un altro orientamento meno rigoroso ritenga che le istanze giudiziali risulterebbero troppo gravose per il creditore.

Concludendo, non essendo quindi sufficiente l'invio di lettera raccomandata a costituire istanza contro il debitore, l'eccezione di Alfa circa la decadenza del diritto del creditore alla garanzia sarà fondata.

Subentra tuttavia un ultimo elemento presentato dal caso. Infatti, anche ammettendo che l'istanza dovesse essere giudiziale, il creditore Gamma non avrebbe potuto agire in giudizio a causa del fallimento dell'impresa debitrice Beta intervenuto prima del decorso dei sei mesi previsti dall'art.1957. Il fallimento del debitore infatti preclude la possibilità di avanzare istanze giudiziali, secondo il divieto di azioni esecutive individuali nel fallimento posto dall'art. 51 legge fallimentare. In base a tale articolo, per assicurare la par condicio creditorum, "salva diversa applicazione della legge, dal giorno della dichiarazione di fallimento nessuna azione individuale può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nel fallimento". Allora certamente questo preclude anche le istanze giudiziali di cui all'art 1957. Tuttavia è possibile obiettare come in realtà sarebbe stato possibile avanzare l'azione di insinuazione nel passivo fallimentare (procedimento comunque giudiziale che vede come parti creditori e curatore del fallimento in sostituzione del fallito). In questo modo il creditore avrebbe ottenuto il soddisfacimento del suo credito naturalmente nei limiti del concorso in moneta fallimentare (che di regola è qualcosa di meno rispetto a quello che si otterrebbe in via esecutiva ordinaria).

Quindi infine notiamo come sia possibile giungere a conclusioni diametralmente opposte: Scegliendo la tesi che prevede l'applicabilità dell'art.1957 a tale fattispecie, l'eccezione di Alfa risulta fondata poiché il creditore avrebbe almeno potuto avanzare l'azione di insinuazione nel passivo fallimentare, mostrando così inequivocabilmente il suo interesse all'adempimento del credito.

Seguendo invece la tesi, avallata dalle Sezioni Unite della Cassazione, circa l'inapplicabilità dell'art 1957 a tale fattispecie di garanzia autonoma, l'eccezione avanzata da Alfa risulterebbe non fondata.

Si impone necessariamente un'ultima considerazione. Nell'ambito dell'orientamento per cui l'inserimento nel contratto di una clausola a prima richiesta non renderebbe autonoma la garanzia, ma avrebbe solo l'effetto di attenuarne l'accessorietà, si rintracciano varie pronunce secondo cui l'inserimento di suddetta clausola provoca non un'esclusione, bensì un'deroga parziale della disciplina del citato art.1957. L'attenuazione della disciplina posta dall'articolo può per esempio portare alla previsione che una semplice richiesta scritta dal creditore al debitore, o anche direttamente dal creditore al garante (vedi art 1944 solidarietà passiva unica), sia sufficiente ad escludere l'estinzione della garanzia, esonerando il creditore dall'onere di proporre azione giudiziaria (Cass.civ., sez I, 4.7.2003, n. 10574). In questo frangente dunque troverà ragione il creditore Gamma, per aver inviato al debitore entro i sei mesi una raccomandata.

### CASO n. 3

#### Adempimento del terzo, surrogazione ed arricchimento senza causa

*Tizio, artigiano esperto nell'arte di intagliare il legno, ha un debito di € 50.000 nei confronti di Caio, che è il suo fornitore esclusivo dei rarissimi legni pregiati di cui si serve per la sua attività. A causa delle congiuntura economica avversa, Tizio non ha tuttavia al momento il denaro sufficiente per adempiere alla scadenza, che è ormai imminente.*

*Mevio, che è un carissimo amico di Tizio, viene informato dalla moglie di quest'ultimo, Caia, della difficile situazione in cui Tizio si trova e, proprio al fine di scongiurare il rischio che egli perda il suo abituale fornitore, decide di pagare lui il debito di Tizio. Così, al momento della scadenza, si reca da Caio ed effettua il pagamento in suo favore. Subito dopo Mevio invia un messaggio all'amico Tizio in cui lo informa del suo gesto, precisando che ritiene comunque salvo ogni suo eventuale diritto di rimborso verso il medesimo Tizio in conseguenza dell'avvenuto pagamento.*

*Quali diritti ha Mevio nei confronti di Tizio a seguito del pagamento?*

\*\*\*

#### Svolgimento n. 1

Va preliminarmente osservato che nel caso di specie si verifica un adempimento a favore del terzo, infatti Mevio paga Caio in luogo dell'adempimento di Tizio. Il problema consiste nello stabilire se il debito può essere adempiuto dal terzo e con quali conseguenze, ossia quali diritti possono derivare dal pagamento effettuato dal terzo nei confronti del debitore.

- Adempimento del terzo art. 1180 c.c.;

La norma, ossia l'art. 1180 sancisce al c.1 che " l'obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione"; e al c.2 che " tuttavia il creditore può rifiutare l'adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione". Quindi l'art. 1180 consente al terzo di adempiere in luogo al debitore anche contro la volontà del creditore, purchè non si tratti di una obbligazione intuitu personae ( ossia quando il creditore ha interesse che sia la persona del debitore ad adempierla; negli altri casi, invece, il creditore rifiutante cadrebbe nelle conseguenze della mora credendi). L'adempimento del terzo produce come effetto l'estinzione del debito, ovvero del rapporto principale, (tanto quanto l'adempimento del debitore) perchè è la legge stessa a prevedere la legittimazione di qualsiasi terzo ad adempiere ( in questo caso si parla di legittimazione legale generica, la quale va tenuta distinta dalla ipotesi di legittimazione legale specifica che fa riferimento alla legittimazione di soggetti determinati). Dalla norma in esame si può quindi dedurre che l'adempimento del terzo ha efficacia estintiva liberatoria dell'adempimento e questo anche contro la volontà del creditore, salvo due eccezioni previste espressamente dalla legge: salvo che il creditore abbia interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione oppure nel caso in cui il debitore si opponga. La prima eccezione fa riferimento all'ipotesi in cui nella prestazione rilevino le qualità personali del debitore (come ad es. le prestazioni professionali o le prestazioni degli imprenditori); ma nel nostro caso il creditore non avrebbe potuto non accettare la prestazione in quanto si tratta di una prestazione pecuniaria in cui sono irrilevanti le qualità personali e le capacità professionali. Vi sono anche altri casi in cui il creditore può rifiutare, ossia tutti i casi in cui il debitore si opponga e manifesti tale opposizione. Il creditore, comunque, ha la facoltà di rifiutare e non l'obbligo, come per il comma primo (principio

generale : il creditore può accettare una prestazione inesatta – nel caso di specie dal punto di vista soggettivo – purchè egli ritenga che soddisfi il suo interesse). Possiamo quindi concludere che in questi due casi se il terzo adempisse non sarebbe legittimato a farlo e quindi la prestazione sarebbe soggettivamente inesatta, però anche in tali casi il creditore avrebbe facoltà di accettarla ugualmente; invece al di fuori di tali casi il creditore deve accettare sempre le prestazioni provenienti dal terzo. La ratio in questo caso è quella di tutelare il prevalente interesse del creditore.

Tornando al caso di specie , non c'è opposizione da parte del debitore che, anzi, ne giunge a conoscenza dopo e non è nemmeno il caso del c.1 quindi possiamo concludere che l'adempimento del terzo produce effetto liberatorio.

- Natura dell'adempimento del terzo;

La natura giuridica dell'adempimento del terzo è importante perché incide anche sulla disciplina del rapporto tra terzo adempiente e debitore.

Occorre in primo luogo distinguere tra adempimento del debitore e adempimento del terzo, per evidenziarne caratteri e differenze.

L'adempimento del debitore è un atto dovuto; ciò vuol dire che non è espressione dell'autonomia negoziale perchè caratterizzato dalla doverosità che esclude la negozialità dell'atto ( anche se non è sempre così: ad es. nello schema preliminare-definitivo, quest'ultimo è sia atto dovuto che atto negoziale). A conferma di ciò vi è l'impossibilità per il debitore di impugnare l'adempimento a causa della propria incapacità: ne consegue che il pagamento è classificabile non fra gli atti dovuti ma tra i fatti dovuti. Inoltre il fatto che sia atto dovuto esclude anche che sia atto di disposizione della sfera giuridica in quanto, la disposizione della sfera giuridica è già avvenuta al momento della stipulazione del contratto, quindi non si fa altro che eseguire un debito che si era già precedentemente assunto.

Per quanto riguarda invece l'adempimento del terzo, esso presenta questa natura ? Se guardiamo all'effetto estintivo (estinguere il debito- liberare il creditore) si tratta di un atto esecutivo, che costituisce attuazione di un accordo obbligatorio tanto quanto l'adempimento del debitore. Tuttavia il terzo non è debitore, quindi, se esso nell'eseguire la prestazione altrui dispone del proprio patrimonio vi è una disposizione di beni; allora in questo caso verrebbe a configurarsi con questa duplice natura di atto esecutivo e di atto dispositivo. Ma questo non accade sempre, perché a volte il terzo adempie con i beni del debitore, quindi non c'è una disposizione dei propri beni e ciò vuol dire che non è atto negoziale. Nei casi in cui, invece, vige la doppia natura si dovranno applicare la disciplina del negozio giuridico per quanto attiene alla nullità, annullabilità, ai vizi, alla capacità etc; oppure la disciplina dell'adempimento per quanto concerne gli effetti. Quindi se per es il terzo è incapace può impugnare l'atto per la propria incapacità (o per vizi della volontà o per dolo), può chiederne l'annullamento e se viene annullato l'adempimento può agire in ripetizione di quanto ha sborsato.

- Causa dell'adempimento del terzo quando ha natura negoziale;

La causa di questo negozio varia a seconda dei motivi dell'agente: potrebbe essere una donazione indiretta, pertanto avrebbe scopo liberale; vi può essere un acollo interno tra debitore e terzo oppure un mandato senza rappresentanza; potrebbe avere a fondamento un'obbligazione sostitutiva o ancora una gestione di affari altrui ( istituto generalmente ispirato ad esigenze altruistiche ma non liberali); oppure potrebbe essere adempimento di un'obbligazione naturale o sociale ( la quale è effettuata per solidarietà e quindi la doverosità morale dell'atto esclude la

liberalità) : pertanto la causa può variare.

Posto che nel nostro caso è avvenuto un atto di adempimento del terzo, efficace, che ha prodotto l'estinzione del debito, occorre stabilire se Mevio ha diritti nei confronti di Tizio. Molto dipende dal caso concreto e dal rapporto che intercorre tra Tizio e Mevio. Alla luce del fatto che Mevio è un amico che adempie al posto di Tizio per toglierlo da una situazione particolarmente pregiudizievole per la sua impresa, l'intento di Mevio è sicuramente altruistico ma non liberale, in quanto non intende privarsi del rimborso. Dobbiamo allora escludere la finalità liberale proprio perchè è il terzo stesso (nel caso Mevio) a dichiarare di non aver intenzione di rinunciare a rimborsarsi, quindi non abbiamo gli elementi della donazione indiretta e in particolare l'animus donandi. Ricordiamo invece, che se fosse stata una liberalità, Mevio non avrebbe alcun diritto nei confronti di Tizio.

In assenza di un accordo fra i due, possiamo escludere anche tutte le ipotesi di acollo, mandato, delegazione, obbligazione sostitutiva, obbligazione naturale o sociale; in quest'ultimo caso, a parte il fatto che su Mevio non sussiste alcun obbligo morale o sociale di attivarsi per sollevare la situazione del caro amico, la conseguenza sarebbe l'assoluta irripetibilità del pagamento, quindi nessun diritto di rivalsa o di rimborso.

Resterebbero allora fra le ipotesi plausibili la surrogazione, la gestione di affari altrui e l'arricchimento senza giusta causa.

- La surrogazione

La surrogazione non esclude la gestione di affari altrui ma esclude invece l'arricchimento in quanto quest'ultimo è sussidiario. Si parla anche di diritto di surrogarsi ma in realtà la surrogazione non è un risultato che si ottiene esercitando un diritto, essa è automatica in presenza di dati presupposti. Il pagamento con surrogazione consiste nel pagamento del debito fatto da colui che non è debitore, il quale viene a sostituirsi nel lato attivo del rapporto obbligatorio (in luogo del creditore). La surrogazione consente l'estinzione dell'obbligazione in modo analogo all'adempimento; tuttavia nel dibattito dottrinale si vede la surrogazione come un modo di successione nel debito.

Nel caso di specie si ha una surrogazione personale, nella quale il nuovo creditore si sostituisce al creditore originario e l'obbligazione originaria si estingue; essa, si distingue dalla surrogazione reale nella quale, invece, per volontà di legge si sostituisce una cosa ad un'altra quale oggetto del rapporto (modifica della prestazione) senza che il rapporto stesso si estingua. Un esempio di surrogazione reale si ha nell'art.1019 c.c. in tema di usufrutto, il quale dispone che " nel caso in cui la cosa oggetto di usufrutto sia assicurata e perisca, l'usufrutto si trasferisce sull'indennità dovuta". Ricordiamo che anche le parti possono sostituire l'oggetto del rapporto obbligatorio, si avrà allora novazione. La disciplina della surrogazione reale non è riconosciuta dal codice, la si ricostruisce dai vari articoli come 1019 c.c. appunto.

La surrogazione personale, comunque, è un fenomeno successorio: il problema qui, sta nella difficoltà di spiegare come l'adempimento che ha come effetto l'estinzione del rapporto obbligatorio possa rimanere immutato con un soggetto cambiato. Abbiamo una successione nel debito, la quale ha come presupposto un fatto che normalmente ha solo effetto estintivo. Inoltre il fatto che non sia novazione fa sì che permangano tutte le garanzie reali e personali e tutti gli accessori del credito in capo al nuovo creditore ai sensi dell'art. 1204.; effetto apparentemente inconciliabile con l'effetto estintivo di cui sopra. Sono conciliabili questi due effetti? La dottrina ha espresso diverse teorie sul fenomeno.

Secondo la tesi prevalente si ha estinzione relativa ossia, si ha estinzione ma solo nei riguardi del creditore originario che è stato soddisfatto e che quindi esce dal rapporto. L'idea che

l'adempimento sia compatibile con una estinzione relativa ha l'intento di tutelare il terzo adempiente (ossia chi ha pagato) dal non perdere il diritto per il quale ha pagato riconoscendogli le stesse garanzie e accessori che aveva il creditore originario sul suo credito. Quindi la ratio di questa ipotesi di successione sarebbe quella di tutelare l'interesse del terzo adempiente.

Ma la fattispecie da noi considerata può rientrare in una delle ipotesi di surrogazione previste dal nostro ordinamento? Il codice prevede tre ipotesi di surrogazione :per volontà del creditore, per volontà del debitore e legale.

La surrogazione per volontà del creditore, è disciplinata dall'art.1201 c.c., ed è anche detta surroga per quietanza, perché va fatta espressamente e contemporaneamente al pagamento, cioè praticamente nella quietanza. Tale surrogazione si ha quando "il creditore dichiara in modo esplicito di voler sostituire a se la persona che l'ha pagato" e cioè il solvens. Serve quindi una dichiarazione espressa che nel nostro caso di specie non sussiste. Si potrebbe in tal caso ravvisare una somiglianza con l'istituto della cessione del credito senonchè nella surrogazione vi è l'adempimento come fonte dell'effetto surrogatorio assieme alla volontà del creditore ( per alcuni, infatti, si tratterebbe di fattispecie complessa non contrattuale, per altri si tratta di atto giuridico in senso stretto), mentre nella cessione c'è soltanto la volontà del creditore e manca l'avvenuto adempimento ( siamo nell'ambito di una fattispecie contrattuale che necessita del consenso del terzo).

La surrogazione per volontà del debitore, anche detta surroga per prestito, è disciplinata dall'art. 1202 c.c. e si verifica quando sia stato stipulato un mutuo dal debitore per procurarsi le risorse necessarie per adempiere e nel momento in cui effettui il pagamento dichiara la provenienza della somma nella quietanza, surrogando il mutuante nei diritti del creditore. Quindi in tal caso sarebbero richiesti tre presupposti: primo, lo scopo deve risultare dall'atto di mutuo, cioè deve essere espressa la destinazione della somma (si parla in tal caso anche di mutuo con destinazione o mutuo di scopo); ciò implica che il mutuo sia collegato con gli atti negoziali successivi stipulati per realizzare lo scopo e lo rende dipendente alla realizzazione dello scopo stesso; secondo, è necessaria la dichiarazione del debitore sulla provenienza della somma indicata nella quietanza; terzo, sia il mutuo che la quietanza devono risultare da atto avente data certa. Alla luce di quanto detto è facile capire che non si tratta del nostro caso.

Quanto alla surrogazione legale, l'art 1203 sancisce che " la surrogazione ha luogo di diritto nei seguenti casi ( si tratta di casi limitati perché non è concepibile che si possa sempre avere la facoltà di sostituirsi nei rapporti altrui): 1) a vantaggio di chi essendo creditore, ancorchè chirografario, paga un altro creditore che ha diritto di essergli preferito in ragione dei suoi privilegi, del suo pegno, delle sue ipoteche , e non è il nostro caso; 2) a vantaggio dell'acquirente di un immobile che, fino alla concorrenza del prezzo di acquisto, paga uno o più creditori a favore dei quali l'immobile è ipotecato; altra ipotesi da escludere; 3) a vantaggio di colui che, essendo tenuto con altri o per altri al pagamento del debito, aveva interesse di soddisfarlo; si tratta di obbligazione solidale o espromittente e non è ancora il nostro caso; 4) a vantaggio dell'erede con beneficio d'inventario che paga con danaro proprio i debiti ereditari; da escludere anch'essa; 5) negli altri casi stabiliti dalla legge ( norma di rinvio) artt. 756, 971, 1259, 1762,1776,1780,196, 1916, 2036, 2038, 2856,2869,2871 c.c. .

Potremmo forse ragionare sull'art 2036 secondo il quale c.1 " chi ha pagato un debito altrui credendosi debitore in base ad un errore scusabile, può ripetere ciò che ha pagato, sempre che il creditore non si sia privato in buona fede del titolo o delle garanzie del credito" c.2 " chi ha ricevuto l'indebito è anche tenuto a restituirne i frutti e gli interessi dal giorno del pagamento, se era in mala fede,o dal giorno della domanda, se era in buona fede" c.3 " quando la ripetizione non è ammessa colui che ha pagato subentra nei diritti del creditore". Quindi potremmo fare questo ragionamento, l'art. 2036 ammette la surrogazione quando la ripetizione non è ammessa, purchè

non vi sia la consapevolezza dell'altruità del debito (cioè se sussiste l'errore scusabile) che però esiste nella fattispecie complessa. In effetti ci sono alcune pronunce della Cassazione in cui si è riconosciuta l'applicabilità di tali norme a casi di adempimento del terzo in cui manchi l'errore. Questa ricostruzione, tuttavia, è stata recentemente censurata dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 9946/2009.

Occorre prima di soffermarci sull'applicabilità o meno dell'art. 2036 c.c. fare un passo indietro per evidenziare la differenza fra l'indebito soggettivo contemplato dall'art. 2036 e l'indebito oggettivo previsto dall'art. 2033.

Nel nostro codice, l'indebito è una fonte di obbligazione appartenente agli "altri atti o fatti idonei a produrre obbligazioni in conformità dell'ordinamento giuridico" ai sensi dell'art. 1173 c.c. .

Si ha indebito oggettivo quando si esegue una prestazione non dovuta, cioè priva di titolo che la giustifichi: in tal caso si tratta di elemento necessario e sufficiente affinché sorga il diritto alla ripetizione del pagato; non ha alcuna rilevanza la situazione psicologica di chi adempie e cioè del solvens, anzi egli può ottenere la ripetizione di quanto pagato pur sapendo che il pagamento non era dovuto.

L'indebito soggettivo, invece, presuppone l'errore scusabile; quindi non solo l'elemento oggettivo del pagamento della prestazione non dovuta dal solvens ma anche l'elemento soggettivo, ossia, l'errore scusabile del solvens. Si tratta di un requisito diverso dalla rilevanza dell'errore come vizio della volontà per l'annullamento del contratto: trattandosi in quel caso di un errore riconoscibile indipendentemente dal fatto che sia scusabile o meno. L'indebito soggettivo *ex latere solventis*, analizzato sinora, differisce da quello *ex latere accipientis*, che si ha nel caso in cui chi paga, debitore, adempie la prestazione nei confronti di chi non è suo creditore. Quest'ultima è una fattispecie non regolata espressamente dalla legge perciò si ritiene applicabile la disciplina generale dell'indebito oggettivo art. 1189 c.c. e art. 2033 c.c.. Quindi se il debitore ha pagato in buona fede chi appariva essere creditore ma non lo era, il pagamento è efficace e libera il debitore, ma egli se ha pagato chi non era creditore può chiedere la ripetizione.

- Applicabilità dell'art. 2036 c.c. al caso di specie;

Secondo una prima tesi l'indebito soggettivo non è altro che un adempimento del terzo, invalido, perché viziato da errore, se pur scusabile di chi lo compie. Si avrebbe quindi la sovrapposizione tra la fisiologia dell'art. 1180 e l'ipotesi patologica dell'art. 2036. Pertanto si tratterebbe di un'impugnativa dell'adempimento del terzo fondata sull'errore. Alcuni, addirittura, si spingono oltre e la configurano come vera e propria annullabilità dell'atto di adempimento per errore di diritto sul rapporto obbligatorio.

Secondo un'altra tesi, invece, l'opinione che configura l'indebito come adempimento impugnabile in quanto fondato sull'errore a cui consegue la ripetizione non convince per diversi motivi. In primo luogo si notano notevoli differenze tra le fattispecie previste dalle due norme: nell'art. 2036 c.1 l'errore che assume rilievo non è quello del contratto ma un errore scusabile mentre l'errore dall'art. 1180 c.c. è errore di diritto; si potrebbe però obiettare che è un errore sui generis ma non tale da escludere del tutto che sia errore di diritto. In secondo luogo si sostiene che l'adempimento del terzo, di cui all'art. 1180 c.c., viene previsto dalla legge come adempimento che libera il debitore cioè che estingue il debito, invece in caso di indebito l'adempimento non ha effetto estintivo: se lo configura come impugnativa di un diritto, si dovrebbe ammettere che fino a quando l'atto non viene annullato (annullamento per errore) quell'atto sarà efficace (quindi è l'annullamento che ha effetto costitutivo). Qualificarlo come annullamento per errore farebbe presumere la produzione di effetti temporanei (o permanenti, dopo la prescrizione), tuttavia così non è perché l'art. 2036 c.c. prevede, non che l'atto produce l'effetto proprio finché non viene

impugnato e annullato ma che è inefficace fin dall'inizio e quindi non incide sul rapporto obbligatorio. Questo si spiega sulla base del fatto che il pagamento eseguito dal solvens sulla base dell'errore dell'art. 2036 viene fatto non imputando quel pagamento ad un debito altrui ma considerandolo un proprio debito ( quando nella realtà non è così). Pertanto quell'atto non potrà mai produrre l'effetto di estinguere un debito diverso, ovvero quello di un terzo, perché è stato presentato come debito proprio. Mancherebbe quindi il collegamento con il debito altrui, previsto invece nell'art. 1180 c.c. dove appunto c'è un oggettivo riferimento/imputazione di quel pagamento al debito di terzi. Allora si può concludere che solo ove vi sia questo oggettivo riferimento si estingue il debito altrui.

Alla luce di quanto affermato, secondo tale tesi si deve concludere che il c.3 dell'art 2036 c.c. non può riferirsi al caso di adempimento del terzo ma dovrebbe intendersi riferito ai soli casi in cui siamo nell'ambito dell'indebito soggettivo e cioè ai soli atti che vengono presentati dal solvens come pagamento del proprio debito. E ciò anche se mancano i presupposti per chiedere la ripetizione: come in mancanza dell'errore scusabile , o secondo il c.1 anche quando il creditore si sia privato in buona fede dei titoli o delle garanzie del credito ( fatti estintivi o impeditivi) . Terza ipotesi di applicazione del c.3 è quella del pagamento effettuato nel caso in cui si conosce l'assenza dell'errore ( il solvens paga il debito imputandolo ad un debito proprio); talune di queste ipotesi sarebbero ad esempio, quelle dell'interesse ad adempiere per evitare un pregiudizio irreparabile: un imprenditore con poche risorse potrebbe adempiere per evitare il rischio dell'apertura di una procedura di fallimento. Il soggetto in questo caso imputa il pagamento ad un debito fittiziamente proprio. Si tratterebbe di adempimento del terzo dove però manca l'errore scusabile.

Dalla giurisprudenza in materia si è cercato di trarre una regola generale, tentativo che non ha portato a risultati apprezzabili.

Le Sezioni Unite, con la sentenza 9446/2009 hanno escluso l'applicabilità dell'art 2036 c.3 nei casi di adempimento del terzo. Questa esclusione deriva dal fatto che se si ha adempimento del terzo non si ha indebito soggettivo, per le ragioni viste sopra. Infatti la surrogazione ipotizzata al terzo comma dell'art. 2036 postula che l'eseguito pagamento sia –in astratto- riconducibile alla disciplina dell'indebito ex latere solventis, pur difettando qualcuna delle condizioni perché possa esserne chiesta la ripetizione ( fatti estintivi o impeditivi). Richiede necessariamente, quindi, che sussista l'elemento soggettivo ossia la consapevolezza e la volontà del solvens di pagare un debito proprio anziché altrui.

Se così non fosse, se cioè potesse invocarsi detta norma sul mero presupposto oggettivo del pagamento non dovuto, ossia se si ritenesse che la surrogazione dell'art 2036 c.3 si potesse applicare all'adempimento del terzo, si arriverebbe alla conseguenza paradossale che la surrogazione legale assumerebbe una portata così ampia e generale da privare gran parte del proprio contenuto la figura della surrogazione per volontà del creditore e da rendere sostanzialmente superflua l'articolata disciplina dettata dal citato art. 1203 c.c. per la surrogazione legale, in quanto riguardante altrettante fattispecie di adempimento del terzo. In altre parole se l'ipotesi di surrogazione dell'art. 2036 c.3 avesse un'applicazione generalizzata a tutti i casi di adempimento del terzo sarebbe inutile una propria disciplina specifica della fattispecie; e anzi, si potrebbe ritenere che i casi elencati nell'art. 1203 c.c. ne costituiscono casi tassativi atti ad evitare che la surrogazione legale impedisca l'applicazione della surrogazione volontaria. Inoltre, anche ammesso che l'art. 2036 possa applicarsi all'adempimento del terzo, come esso non può applicarsi in via analogica così non possono applicarsi in via analogica i casi previsti dall'art. 1203 c.c.. Possiamo allora ragionevolmente concludere che non si applica la disciplina della surrogazione legale prevista dall'art. 2036 c.c..

Ma allora quale disciplina si applica?

- Gestione di affari altrui;

Vediamo se si può applicare la disciplina della gestione d'affari altrui, regolata dagli artt. 2028 e ss c.c.. La gestione di affari altrui è una fonte di obbligazioni diversa dal fatto illecito e dal contratto; si può definire come il compimento di un'attività nell'interesse di altri, fatta senza obbligo, ossia spontaneamente e scientemente, ossia con la consapevolezza di gestire un affare che non è proprio. Per il gestore in presenza di questi presupposti nasce l'obbligazione di continuare a condurre a termine la gestione intrapresa fino a che l'interessato non è in grado di gestirla autonomamente e tutte le obbligazioni che deriverebbero da un contratto di mandato (anche se non presuppone la stipulazione di un contratto di mandato). Invece in capo all'interessato, ai sensi dell'art. 2031 c.c., se la gestione è stata utilmente iniziata, graverebbe l'obbligo di adempiere le obbligazioni che il gestore assume in nome di lui, l'obbligo di tenere indenne il gestore di quelle assunte dal medesimo in nome proprio e l'obbligo di rimborsargli tutte le spese necessarie o utili con gli interessi dal giorno in cui le spese stesse sono state fatte (obbligo di rimborso).

Analizziamo detti presupposti:

1. compimento di un affare o di una attività: L'attività può essere sia materiale che giuridica, infatti entrambe possono essere oggetto di gestione. Non necessariamente deve consistere in negozi giuridici potendo trattarsi anche di atti materiali o atti processuali. Ad es. adempiere un'obbligazione può consistere in un'attività giuridica o materiale quindi può rientrare nel concetto di affare.
2. "senza esservi obbligato": la gestione di affari deve essere spontanea, nel senso che il gestore non deve essere tenuto a quell'attività in base ad una obbligazione (ad es. perché ha stipulato un mandato). La gestione presuppone che il gestore assuma delle obbligazioni simili a quelle che derivano da un contratto di mandato ma non è un contratto di mandato. Inoltre la gestione può essere rappresentativa o non rappresentativa a seconda che vi sia o meno la contemplatio domini cioè la spendita del nome e quindi gli effetti saranno analoghi a quelli del mandato con o senza rappresentanza appunto. Ci dobbiamo però chiedere se la spontaneità è esclusa laddove vi sia un dovere morale o sociale ad agire; in linea di massima possiamo dire che è esclusa solo in presenza di un dovere giuridico; quindi in tali casi non sarebbe esclusa perché è un istituto fondato sulla riconoscenza giuridica della finalità altruistica. Secondo alcuni poi, dietro ci sarebbe anche un'esigenza più generale, quella di far sì che determinate situazioni di pericolo od inefficienza siano gestite da una persona diversa dall'interessato che non è in grado di provvedervi; addirittura c'è chi si spinge oltre e sostiene che la gestione presupponga proprio un dovere morale o sociale ad agire in quanto vi sarebbe alla base una esigenza di solidarietà intesa come ingerenza nella sfera giuridica altrui. Si preferisce, comunque, che l'ingerenza possa essere motivata anche a prescindere dall'obbligazione naturale solidaristica.
3. altro presupposto è che l'interessato non sia in grado di provvedere da se stesso alla gestione dell'affare (c.d. absentia domini). Essa si ha quando l'interessato non è in grado di provvedere da se. Dobbiamo anzitutto chiarire cosa si vuole intendere con questa espressione, se cioè si riferisce ad impossibilità assoluta e oggettiva, ad impossibilità relativa e soggettiva, a impossibilità materiale ovvero ad impossibilità giuridica. In realtà la norma non fa riferimento all'impossibilità però tradizionalmente si è ritenuto di considerare integrato nell'absentia domini una impossibilità materiale rispetto alla cura del proprio interesse. Infatti tale istituto in origine era nato per soddisfare situazioni di assenza fisica dell'interessato, quindi tale incapacità era originariamente intesa come lontananza, distacco materiale rispetto a quella situazione; ma adesso le situazioni sono mutate, la



rilevanza del distacco geografico è meno forte a seguito dell'invenzione di mezzi di comunicazione a lunga distanza, quindi l'assenza diviene quasi impossibile e l'istituto non avrebbe la possibilità di applicazione pratica. La giurisprudenza, allora, nei tempi più recenti si è aperta ad interpretare il concetto dell'absentia domini in termini più elastici fino a riconoscere che possa intendersi come non opposizione dell'interessato all'attività gestoria altrui ovvero all'altrui ingerenza ( c.d. prohibitio domini). E infatti ai sensi dell'art. 2031 c.2 tali atti non si applicano contro il divieto dell'interessato, la prohibitio domini è un fatto che preclude il rimborso del gestore. Allora è proprio quando la giurisprudenza afferma la coincidenza tra absentia domini e non opposizione che si va oltre: tale impostazione porta ad una rivitalizzazione dell'istituto. C'è chi ritiene, come Bianca, che questo orientamento sia corretto nella sostanza ma che il fondamento non sia nella gestione di affari ma nel principio generale di tolleranza dell'ingerenza nella propria sfera giuridica, che è fonte di autoresponsabilità dell'interessato.

Nel nostro caso di specie, Tizio non ha il denaro per adempiere all'obbligazione, allora vi è il presupposto dell'impossibilità di provvedere ai propri interessi?

Se noi dovessimo intendere l'impossibilità in termini di impossibilità oggettiva, non sussisterebbe perché Tizio potrebbe farsi prestare il denaro e non sarebbe in una situazione di impedimento non imputabile al soggetto. Quindi mancherebbe in termini rigorosi l'impossibilità.

Per quanto riguarda la non opposizione, invece, Tizio non si oppone ne prima ne dopo quindi la norma lascia una speranza. La soluzione non sembra quindi univoca: si potrebbe argomentare a favore dell'applicazione della negotiorum gestio in quanto vi è un comportamento tollerante successivo. In tal caso se riteniamo che si applichi la disciplina della gestione di affari sorge l'obbligazione di cui all'art. 2031 c.1 c.c. a condizione che il gestore provi che la gestione sia stata utilmente iniziata. Ciò appare non di difficile prova, quindi Tizio dovrà tenere indenne l'amico Caio di ogni spesa sostenuta. Ove, invece, si preferisca escludere l'applicabilità della negotiorum gestio al caso di specie, occorrerà procedere all'analisi dell'azione di arricchimento senza giusta causa.

- Arricchimento senza giusta causa;

Vediamo ora se si può applicare la disciplina dell'arricchimento senza giusta causa. L'arricchimento senza giusta causa viene definito dall'art. 2041 c.c., ai sensi del quale " Chi senza giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, ad indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale".

L'arricchimento si configura come fonte legale di obbligazione, consistente nell'obbligo di indennizzare colui che si è impoverito a causa della diminuzione patrimoniale che ha sofferto, non essendo l'arricchimento fondato su una giusta causa.

E' un'azione sussidiaria, si applica, cioè, solo quando non si possono esercitare altre azioni per far valere il pregiudizio subito.

Possiamo configurare il pagamento di un debito altrui come azione che ha procurato un arricchimento del debitore senza giusta causa? Appare necessario, anzitutto, verificare i limiti del concetto di arricchimento, e se lo possiamo ammettere anche come risparmio di spesa ovvero come liberazione da un debito. Se intendiamo l'arricchimento come incremento patrimoniale della sfera del soggetto la risposta sarebbe negativa perché non si è arricchito in questo senso. Se invece intendiamo per arricchimento anche il risparmio di spesa cioè il fatto di evitare un decremento patrimoniale, come nel caso in cui uno venga liberato da un debito la soluzione sarebbe positiva. La giurisprudenza tende ad equiparare le due situazioni in quanto

l'adempimento del terzo ( ovvero l'estinzione del debito) evita una posta negativa nel patrimonio del soggetto; quindi possiamo concludere che la nozione di arricchimento c'è.

La norma richiede poi come secondo presupposto il " danno" e cioè l'impovertimento di chi esercita l'azione e anche questo sussiste, in quanto vi è stata una perdita patrimoniale netta derivante dalla cessione di una parte del patrimonio del terzo.

Infine si ritiene necessaria una correlazione fra questi due elementi ossia che l'arricchimento abbia determinato un danno; correlazione che una parte della giurisprudenza intende come vero e proprio nesso di causalità (il quale ai sensi dell'art 1223 c.c. è applicabile anche al fatto illecito in base al richiamo dell'art. 2056 c.c.). Si ritiene che fra questi due elementi debba intercorrere una relazione rilevante perché la norma parla di arricchimento che sia avvenuto a danno di altra persona; quindi è richiesto che l'uno (impoverimento) sia conseguenza dell'altro (arricchimento), proprio come avviene nel nostro caso.

Il riferimento sarebbe un danno arrecato senza giusta causa: non un danno ingiusto come quello previsto dall'art. 2043 c.c. ma un danno che non ha fondamento giustificativo, che non può essere legittimo ancorché non possa conciliarsi con illecito. Questo riferimento al danno ( che è il termine che la legge usa come sinonimo di impoverimento), porta la prevalente opinione a ritenere applicabile quell'esigenza di correlazione causale fra condotta e danno che la legge richiede in materia di risarcimento. La norma, ossia l'art. 1223 c.c., dettata in tema di danno da inadempimento sarebbe estensibile anche alla responsabilità extracontrattuale in forza di quel rinvio che l'art. 2056 c.c. compie ad alcune delle norme in materia di risarcimento del danno. Il nesso di causalità richiesto deve intendersi come causalità immediata e diretta; sarebbe esclusa quindi quella mediata e quella indiretta, cioè il danno non deve essere il riflesso di un ulteriore evento ma deve essere direttamente riconducibile all'arricchimento intervenuto in favore del beneficiario.

Nel nostro caso, abbiamo un impoverimento che consiste nel pagamento di un debito inteso ad evitare un decremento patrimoniale e quindi un arricchimento dato dalla liberazione del debito; in tutto ciò c'è questo nesso di consequenzialità diretta e immediata? C'è una sorta di intermediario che viene in prima battuta a beneficiare della prestazione: il creditore che viene soddisfatto. Si tratterebbe quindi di arricchimento indiretto.

Prescindendo però dal nostro caso, occorre prendere atto che effettivamente la nostra giurisprudenza tende ad escludere dall'ambito delle fattispecie rispetto alle quali si possa esperire l'azione di arricchimento quelle di arricchimento indiretto, con alcune eccezioni. Le Sezioni Unite nella sentenza 24772 dell'ottobre 2008 hanno affermato che in caso di arricchimento indiretto manca l'elemento della immediatezza perché in tal caso può intervenire un soggetto ulteriore rispetto al quale il soggetto avrebbe azione, quindi non vi sarebbe giustificazione per esperire l'azione di arricchimento essendo possibile esperire altra azione contro il soggetto interposto. Tuttavia andando a vedere i casi di arricchimento indiretto, questi non coincidono con il nostro: si tratta di ipotesi in cui l'arricchimento interviene in presenza di un rapporto tra soggetti diversi (come nel caso di " arricchimento ex alieno contracto". Sono rapporti in cui il depauperato, ha sulla base di un rapporto contrattuale con un terzo, eseguito un'attività, ma in forza di un rapporto interno fra gli stessi l'arricchimento sia avvenuto per il beneficiario degli stessi. (es. il locatario a cui si è rotto il bene che aveva in godimento, ordina ad un terzo soggetto di ripararlo, in tal caso chi ne beneficia (di riflesso) è il proprietario del bene). In tali casi si esclude di agire con l'azione di arricchimento : perché il riparatore dovrebbe agire contro il proprietario se ha un rapporto contrattuale con il locatario? Mettiamo il caso che il locatario sia insolvente e non paghi, allora il riparatore può agire contro il proprietario? No, perché non c'è un rapporto diretto. Chi, invece, riceve l'arricchimento lo riceve in via indiretta perché altri sono intervenuti in prima battuta ottenendone un beneficio.

Ci sono, però, delle fonti normative che indicano una soluzione più articolata: nella sentenza delle Sezioni Unite sono presenti delle eccezioni che aprirebbero la strada all'indennizzabilità in materia di arricchimento indiretto. In particolare l'azione di arricchimento è sì sussidiaria, ma non è norma eccezionale: è espressione del principio generale dell'ordinamento secondo cui gli spostamenti patrimoniali devono essere giustificati da interessi meritevoli di tutela. Ai sensi dell'art. 1322 c.2 " le parti possono anche concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare purchè siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico". Tale principio è alla base di una pluralità di norme e di istituti, non solo dell'azione di arricchimento ma anche dell'indebito e della gestione di affari altrui, nonché di tutte le fonti di obbligazione diverse dall'illecito e dal contratto. Il fatto, quindi, che possiamo anche in questo caso guardare alla disciplina dell'indebito per trarne conseguenze con riferimento all'arricchimento non è in contraddizione ma si giustifica proprio alla luce di questo principio generale, di cui tutti questi istituti sono espressione. In particolare ciò vuol dire che l'art. 2038 c.c. anche se in materia di indebito è espressione di un principio generale che riguarda anche gli arricchimenti. L'art 2038 (alienazione a titolo gratuito) prevede che " chi ha pagato l'indebito può esigerne il corrispettivo dell'alienazione e può anche agire direttamente per conseguirlo. Se l'alienazione è stata fatta a titolo gratuito, l'acquirente, qualora l'alienante sia stato inutilmente escusso, è obbligato nei limiti dell'arricchimento verso colui che ha pagato l'indebito". La norma si potrebbe girare all'arricchimento indiretto, con un limite, quello della gratuità dell'arricchimento: qui il terzo approfitta di quell'arricchimento senza che abbia sborsato alcunché o eseguito alcuna prestazione, quindi ha ricevuto un beneficio netto. La norma non si applica al caso in cui il terzo abbia acquistato a titolo oneroso. La ratio è quella di favorire chi subisce un impoverimento ingiustificato rispetto a chi trae vantaggio da quel danno ma solo quando il terzo ne profitti gratuitamente.

Se applicassimo tale regola al di fuori dall'indebito nei soli casi di arricchimento, ci sarebbe ostacolo nella sussidiarietà? No, ma nella misura in cui non ci sia l'azione nei confronti dell'interposta persona. Nel caso dell'art. 2038 l'azione non c'è, o meglio, c'è solo un'azione volta ad ottenere il corrispettivo.

Le Sezioni Unite hanno elaborato, partendo da questa norma, delle eccezioni:

1. possibilità di esperire l'azione nel caso in cui l'arricchimento sia stato conseguito dal terzo a titolo gratuito;
2. ipotesi in cui l'arricchimento mediato sia stato conseguito da una Pubblica Amministrazione quando l'attività sia stata effettuata in via diretta nei confronti di un singolo ente pubblico direttamente beneficiario o utilizzatore di quella prestazione.

Nel nostro caso c'è arricchimento indiretto? Qualche dubbio può sorgere perché non c'è nessuna relazione contrattuale tra chi adempie e chi riceve ( paradossalmente il terzo non è il soggetto interposto ma il solvens). Poi possiamo addirittura ritenere che, nel caso di specie, l'adempimento del terzo fosse eseguito con spirito di liberalità, questa possa essere una donazione indiretta; quindi lo spostamento patrimoniale sarebbe immediato nei confronti del beneficiario, di conseguenza non c'è una vera interposizione. Comunque e in ogni caso, nella nostra fattispecie non c'è in radice, nessuna possibilità di azione da parte del solvens nei confronti dell'accipiens, allora non sembra coincidere con un arricchimento indiretto. Anche volendo ammettere che lo sia, comunque non c'è sussidiarietà o correlatività. L'adempimento del terzo non dà diritto di ripetere nei confronti di chi ha ricevuto. Non c'è quindi il problema della sussidiarietà perché l'azione non c'è e non c'è corrispettività perché l'adempimento non è oneroso.

Infine, dato che non c'è nessun interesse meritevole di tutela che giustifichi lo spostamento patrimoniale ( ad es. non è atto liberale, non è gestione di affari ecc... quindi manca la causa)

ovvero stante l'ingiustificato vantaggio economico ricevuto dal debitore, Mevio può agire per l'ottenimento dell'indennizzo da arricchimento senza causa.

Ma che cosa può chiedere l'impovertito Mevio, cioè in che cosa consiste l'indennizzo? L'indennizzo deve tener conto della variazione di valore del bene, ma l'obbligazione di indennizzo va riferita al momento iniziale o al momento in cui viene chiesto? Secondo la tesi prevalente occorre fare riferimento al momento della domanda giudiziale; altra opinione sostiene che gli accadimenti successivi non hanno alcuna rilevanza sul contenuto dell'indennizzo; altra tesi ancora distingue a seconda che l'arricchimento sia avvenuto o meno in buona fede.

Nel nostro caso, Trattandosi di una somma di denaro, ci si deve anche chiedere se si tratta di debito di valore o di debito di valuta. Si considerano debiti di valuta quelli che hanno per oggetto una somma di denaro, somma che, per effetto del principio nominalistico (si deve guardare alla sola equivalenza numerica), viene assimilata a tutti gli altri beni, rimanendo sempre uguale nel suo ammontare, nonostante le variazioni del mercato monetario. Si reputano debiti di valore quelli che hanno ad oggetto una prestazione considerata per il suo concreto significato economico, che deve essere stimato secondo le condizioni di mercato. Al danneggiato spetta una somma di denaro del valore nominale che ha sborsato (50,000 euro) o una somma automaticamente rivalutata laddove vi sia stata una svalutazione monetaria tra il momento in cui è intervenuto l'arricchimento e il momento in cui viene chiesto (momento della domanda giudiziale)? La giurisprudenza ritiene che si tratti di debito di valore, quindi deve essere automaticamente rivalutato.

## CASO n. 4

### Significativo squilibrio nelle prestazioni nel contratto di appalto

*Tizio, proprietario di un terreno sito in località Bardolino, decide di farvi costruire una lussuosa villa, e per questo motivo si rivolge a Caio, costruttore edile, affinché formuli un preventivo.*

*Caio, compiuto un sopralluogo, si rende conto che, per compiere l'opera, dovrebbe far transitare i carichi pesanti sul terreno di Sempronio, perché attraverso tale terreno corre l'unica via d'accesso al futuro cantiere sufficientemente ampia. Sempronio, interpellato da Caio, si dichiara disposto a concedere l'autorizzazione necessaria per il passaggio sul suo terreno, per la durata dei lavori, pretendendo in cambio la corresponsione di una certa somma da versare di volta in volta per il passaggio di ogni carico. Caio, tenendo conto anche di questa ulteriore spesa, forma il preventivo, che viene accettato, seppur a malincuore, visto il costo elevato, da Tizio.*

*Durante i lavori, inaspettatamente e senza che ciò fosse prevedibile, il comune decide di aprire una strada chiusa da tempo, che consente di raggiungere il cantiere senza dover più transitare sul terreno di Sempronio.*

*In conseguenza di ciò, Caio comincia ad usufruire della strada pubblica, senza dover perciò corrispondere nulla a Sempronio. Tizio, venuto a conoscenza dell'accaduto, pretende una riduzione del prezzo, idonea a compensare il minor costo a carico di Caio.*

*Il candidato, assunte le vesti del legale di Tizio, rediga un parere motivato, illustrando le problematiche sottese alla fattispecie in esame.*

\*\*\*

#### Svolgimento n. 1

Per quanto riguarda la pretesa: Tizio, proprietario di un terreno su cui deve essere costruita una villa, chiede la riduzione del prezzo a Caio, costruttore edile.

L'accordo intervenuto tra Tizio e Caio è inquadrabile come contratto d'appalto fra privati.

La disciplina del contratto d'appalto si trova all'art. 1655 e ss del c.c.

Dall'art 1655 c.c. si ricava la nozione di appalto: *“L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro”*.

I presupposti del contratto d'appalto che emergono da questa norma, sono presenti anche nel nostro caso, infatti, Caio, costruttore edile, si è obbligato, con organizzazione dei mezzi necessari (ovvero materiali e persone) e con gestione a proprio rischio, al compimento di un'opera (la costruzione di una villa), verso un corrispettivo in denaro (nella traccia c'è la previsione di un'obbligazione di pagamento nel punto in cui si precisa che Tizio accetta il preventivo, seppur a malincuore). Un presupposto implicito del contratto d'appalto è che l'appaltatore sia un imprenditore medio/grande, e tale condizione può ritenersi soddisfatta perché stiamo parlando di un costruttore edile che sta per costruire una villa.

Parlando del compimento di un'opera, dobbiamo chiederci se al nostro caso può essere applicabile la disciplina del contratto d'opera, che si trova nel libro V del codice civile nell'ambito del lavoro autonomo all'art. 2222 c.c: *“Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV”*. Come per l'appalto, si richiede la presenza di un corrispettivo e il compimento di un'opera o un servizio. A differenza dell'appalto, si vuole che

l'opera sia realizzata con apporto di lavoro prevalentemente proprio e non si specifica che il corrispettivo debba essere in danaro, potendo essere, quindi, anche in natura.

Possiamo escludere che si tratti di un contratto d'opera poiché nel nostro caso c'è la previsione di un'organizzazione di mezzi necessari e gestione a proprio rischio da parte del costruttore, propria del contratto d'appalto.

Per quanto riguarda il fondamento della pretesa, il fatto addotto da Tizio è la riduzione dei costi, sopportati da Caio, a causa di un evento sopravvenuto, ovvero per l'apertura di una strada comunale, chiusa da tempo. Occorre perciò determinare quali siano le possibilità che la legge offre al committente, in casi come questo, per ovviare alle conseguenze di un evento sopravvenuto alla conclusione del contratto, che comporta un'alterazione dell'equilibrio contrattuale originario.

Analizzando le norme previste dal legislatore in materia d'appalto, si rinviene l'art. 1671 c.c., secondo cui è ammesso il recesso unilaterale del committente, quando l'opera dell'appaltatore non è più soddisfacente, a causa del mutamento delle condizioni del contratto per fatti sopravvenuti; nel nostro caso muta l'equilibrio delle prestazioni, perciò tale rimedio è esperibile da parte di Tizio. Secondo la norma, però, il committente, chiedendo il recesso, deve tenere indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. Anche se la disposizione parla d'indennità, in realtà si tratta di un'obbligazione avente natura risarcitoria. Tale rimedio non è conveniente per Tizio, perché lo espone a conseguenze non diverse da quelle di una risoluzione per suo inadempimento; inoltre il nostro committente, come si evince dalla traccia, vuole solo una riduzione del prezzo pattuito e non desidera lo scioglimento del vincolo contrattuale.

L'art 1664 c.c. al primo comma disciplina l'ipotesi di "onerosità dell'esecuzione" del contratto d'appalto: *"Qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo."*

Questa è una norma bilaterale, perché il rimedio della riduzione del prezzo può essere utilizzato sia dall'appaltatore che dal committente. La riduzione inoltre può essere sia in aumento che in diminuzione.

Al secondo comma dell' art 1664 c.c. si prevede un'ipotesi di "difficoltà dell'esecuzione" del contratto d'appalto: *"Se nel corso dell'opera si manifestano difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche o simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso."*

Questo secondo comma opera solo a favore dell'appaltatore e non parla di revisione automatica del prezzo (come il comma precedente), ma solo di equo compenso; applicando questa norma, si avrà una revisione basata su un criterio equitativo, starà quindi al giudice stabilire ciò che è equo.

Si esclude che il secondo comma possa applicarsi al nostro caso, in quanto disciplina solo l'ipotesi di aumento delle difficoltà della prestazione e contempla il rimedio dell'equo compenso solo a favore dell'appaltatore, - nel caso di specie, invece, è il committente a voler chiedere la riduzione del prezzo a causa di diminuzione delle difficoltà della prestazione-.

Resta da verificare se il primo comma possa applicarsi al caso in esame. La disposizione parla di costo di materiali; bisogna capire se il costo sopportato da Caio, che è un costo di trasporto, può essere considerato come costo di materiali. Si deve intendere che, ai fini della revisione del prezzo, possano venire in rilievo solo le variazioni dei costi di trasporto che abbia dovuto sopportare il venditore allo scopo di acquisire i materiali medesimi, e che il venditore abbia poi riversato sul compratore, attraverso un aumento del prezzo dei materiali, e non pure le variazioni che

l'appaltatore deve sopportare, successivamente all'acquisto, per trasferire i materiali medesimi nel luogo dove poi verranno impiegati; così, dall'interpretazione letterale della norma, per cui la voce costo di materiali si riferisce solo al costo per l'acquisto dei materiali, e non anche al costo per il trasporto di questi, ricaviamo un'argomentazione per sostenere la non applicabilità del primo comma dell'art. 1664 c.c. al nostro caso.

Ulteriore argomentazione a sostegno di questa tesi è offerta dall'interpretazione del secondo comma, il quale vuole tutelare l'appaltatore nel caso in cui la sua prestazione divenga maggiormente onerosa per cause geologiche, idriche o simili, non previste dalle parti. Si può immaginare il caso di una frana che blocchi la strada da percorrere per raggiungere il cantiere. L'appaltatore, per trasportare i materiali, deve percorrere una via alternativa più lunga, trovandosi così ad affrontare maggiori costi di trasporto; in questo caso si applica il secondo comma dell'art. 1664 c.c. (l'ipotesi appena prospettata è speculare a quella del nostro caso).

Se riteniamo, interpretando estensivamente il primo comma, che la variazione in aumento del costo dei materiali si riferisca anche al costo di trasporto, vediamo che la stessa identica ipotesi (di variazione in aumento del costo di trasporto) viene regolata anche dal secondo comma, quindi ci troveremo di fronte a due ipotesi uguali regolate da due norme che prevedono soluzioni diverse e tra loro inconciliabili. Ma, in quanto non sembra possibile ravvisare tra le norme un rapporto di specialità o eccezionalità, né sembra possibile trovare una convincente giustificazione per attribuire all'appaltatore la possibilità di esercitare entrambi i rimedi, sia pure in via alternativa, non ci resta che preferire un'interpretazione restrittiva del primo comma, tale per cui, le variazioni del costo di trasporto non possono considerarsi come variazioni del costo di materiali. Questo ci consente di evitare l'aporia di avere soluzioni diverse per la medesima fattispecie.

Si può notare come l'art. 1664 c.c. non costituisca altro che una speciale applicazione, al contratto d'appalto, del principio generale contenuto nell'art. 1467 c.c.: *“Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'art.1458. La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto.”*

Questa norma generale prevede come rimedio all'eccessiva onerosità sopravvenuta la risoluzione del contratto; e solo eventualmente prevede come rimedio ulteriore (non quindi principale) la riduzione del prezzo.

L'art. 1664 c.c., invece, inverte lo schema dell'art. 1467 c.c., offrendo alle parti come rimedio principale la riduzione del prezzo, mantenendo in vita il contratto seppur modificato. La ratio per la quale si preferisce conservare il contratto d'appalto è legata al fatto specifico per cui, anche in caso di eccessiva onerosità, le parti non hanno interesse a risolvere il contratto; (infatti l'appaltatore si presume abbia già fatto degli investimenti e abbia già sostenuto delle spese; invece il committente, in caso di risoluzione, dovrebbe trovare un terzo a cui commissionare l'opera in tempi brevi, e questo non sempre è possibile).

Ma come si compensano tale esigenze, proprie dell'appalto, con il dettato della norma generale di cui all'art. 1467c.c.?

- alcuni ritengono che il legislatore con l'art. 1664 c.c. abbia voluto soddisfare le esigenze proprie del contratto d'appalto, senza lasciare uno spazio residuale all'art. 1467 c.c.;
- per altri le due norme non si escludono a vicenda, poiché l'art. 1664 c.c. prevede un rimedio ulteriore per la parte del contratto d'appalto che ha diritto a chiedere non solo la riduzione del prezzo, ma anche la risoluzione;

- altri, invece, prospettano l'idea che la norma generale, di cui all'art. 1467 c.c., si applichi in via residuale solo per le fattispecie non regolate dalla norma particolare;

- una parte minoritaria della dottrina sostiene che il rapporto tra le norme sia basato su un criterio quantitativo, quello di eccessiva onerosità. Si pensa che la conservazione sia prevista per problemi meno gravi (ovvero non eccessivamente onerosi), mentre la risoluzione per problemi più gravi (ovvero eccessivamente onerosi). Ma guardando al contenuto delle norme, sorgono dei dubbi riguardo questa tesi: l'art. 1467 c.c. utilizza il termine "eccessivo" che è un concetto vago; l'art. 1664 nel primo comma fa riferimento alla variazione in aumento o in diminuzione superiore al decimo del prezzo complessivo convenuto –che è un concetto preciso–, mentre nel secondo comma si parla di "notevole" onerosità –che è un concetto vago–. Non sembra che l'art. 1664 faccia riferimento a un livello diverso di onerosità rispetto a quello a cui fa riferimento in via generica l'art. 1467 c.c., in quanto le espressioni "eccessiva" e "notevole" sono sostanzialmente intercambiabili; invece nel primo comma dell'art.1664 c.c. si parla del decimo, solo per maggior concretezza, e risulta difficile riscontrare, in questi termini, la volontà del legislatore di graduare i rimedi in relazione al concetto di onerosità. Non è sostenibile la tesi per cui l'art. 1467 c.c. trovi applicazione solo nell'ipotesi più gravi rispetto a quelle prospettate nell'art. 1664 c.c., perché le due ipotesi coincidono dal punto di vista quantitativo.

Per alcuni la norma di cui all'art. 1664 è una norma di chiusura, ovvero nel contratto d'appalto ogni tipo di sopravvenienza viene regolata dal primo o dal secondo comma di detto articolo, e non c'è uno spazio residuale per l'applicazione dell'art. 1467 (norma generale). L'orientamento più diffuso in dottrina ritiene che il legislatore abbia lasciato scoperti dei casi, anche importanti, dall'ambito di applicazione dell'art 1664; perciò se avesse voluto dettare una norma di chiusura avrebbe dovuto prendere in considerazione anche questi casi. Vediamo come al secondo comma dell'art. 1664 sono disciplinate tutte le ipotesi di difficoltà di esecuzione derivanti solo da cause naturali (l'espressione "cause simili" sembra far riferimento a cause che abbiano un elemento di somiglianza con le cause geologiche e idriche). Sicuramente non si fa riferimento alle cause umane. Alcuni autori, però, ritengono che l'espressione cause simili comprenda anche tutte le cause che abbiano natura obiettiva, ovvero quelle non imputabili alle parti, come il fatto del terzo o il factum principis (il provvedimento dell'autorità, come nel nostro caso); essi sostengono che la norma menzioni solo le cause naturali, perché sono quelle più frequenti, ma tale disposizione sarebbe applicabile a tutte le cause, anche non naturali, sulla base di una semplice interpretazione estensiva (un'interpretazione analogica non sarebbe consentita per la natura eccezionale della norma).

Si preferisce la tesi opposta ( quella che limita l'interpretazione della formula "e simili" alle sole cause naturali), perché la locuzione "e simili" allude al tipo di evento e non agli effetti che possono derivarne. Perciò le eventuali ipotesi non rientranti nel campo di applicazione dell'art.1664 c.c. possono trovare tutela attraverso l'applicazione di altre disposizione del codice, tra cui l'art. 1467 c.c.

Nel nostro caso (non potendosi applicare l'art.1664 per le ragioni sopra esposte) il committente può solo chiedere la risoluzione del contratto, anche se in un caso simile, in cui si prevede una riduzione del costo dei materiali, il rimedio esperibile è la riduzione del prezzo. Abbiamo, così, due casi simili con due soluzioni completamente diverse. Si potrebbe perciò applicare in via analogica l'art. 1664 ai casi simili, non regolati espressamente. In quest'ipotesi ci troveremo di fronte all'aporia dello stesso caso regolato in modo diverso, a seconda che si applichi il primo o il secondo comma dell'art. 1664. L'aporia potrebbe essere risolta dicendo che il secondo comma è speciale



rispetto al primo comma. Infatti, se la ratio dell'art. 1664 è legata alle peculiari esigenze del contratto d'appalto, dovrebbe essere consentito aumentare la portata di detta norma.

Abbandoniamo questa strada, e seguiamo la tesi maggioritaria, secondo cui il rimedio risolutorio, di cui all'art. 1467, si può applicare in via residuale anche all'appalto e, nello specifico, alle fattispecie non contemplate direttamente dall'art. 1664; infatti nel nostro caso siamo proprio di fronte a una di queste fattispecie: la prestazione dell'appaltatore diviene meno onerosa a causa di un *factum principis* (il provvedimento con cui il comune dispone l'apertura di una strada chiusa da tempo).

Dobbiamo, però, verificare l'esistenza dei presupposti necessari per l'applicazione dell'art. 1467 al nostro caso.

Dalla rubrica dell'art. 1467 vediamo che la norma si applica ai contratti a prestazioni corrispettive. Il contratto d'appalto è un contratto a prestazioni corrispettive perché le due prestazioni (quella del committente e quella dell'appaltatore) sono legate da una relazione sinallagmatica, costituendo ciascuna la causa dell'altra: in tanto l'appaltatore si obbliga a compiere un'opera o un servizio, in quanto il committente si impegna a pagargli un corrispettivo in danaro.

[Il contratto d'appalto non potrebbe essere un contratto a titolo gratuito, perché secondo l'art. 1655 c.c. il corrispettivo è una delle prestazioni principali e indefettibili del contratto. Perciò se non si prevede un corrispettivo, è possibile solo applicare in via analogica le norme previste per l'appaltatore. Ci si chiede se potrebbe essere una donazione obbligatoria, ma la maggior parte della dottrina tende ad escludere che possano essere oggetto di donazioni le obbligazioni di fare, perché solo nelle obbligazioni di dare c'è l'elemento essenziale per aversi donazione, ovvero l'arricchimento del donatario e il corrispondente depauperamento del donante. (Anche se c'è in dottrina una tesi minoritaria secondo la quale anche le obbligazioni di fare possono essere oggetto di una donazione obbligatoria, perché il valore della prestazione di fare può comportare un arricchimento per l'altra parte). Possiamo infine dire che il contratto in esame è un contratto atipico e gratuito, di per sé valido. Questo problema non si pone nel caso nostro, perché il contratto di specie è a titolo oneroso, e non vi sono dubbi sulla sua qualificazione come contratto d'appalto.]

L'art. 1467 si riferisce ai "contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita":

-per quanto riguarda i contratti di durata: il contratto a esecuzione periodica è caratterizzato dal fatto che la prestazione si compone di una serie di atti esecutivi che si susseguono a intervalli di tempo, invece, il contratto a esecuzione continuata si ha quando l'esecuzione della prestazione continua, senza interruzioni, per tutta la durata del contratto. Per questi contratti la durata è l'elemento essenziale della causa del contratto, perché solo quella modalità di esecuzione soddisfa la causa del contratto e risponde agli interessi delle parti (l'esecuzione in un'unica soluzione non soddisferebbe l'interesse del creditore). Nell'appalto l'interesse del committente è la realizzazione di un'opera o un servizio, indipendentemente dal tempo necessario per realizzarla. Con ciò si vuole dire che nell'appalto il tempo non è un elemento essenziale, perché, a differenza dei contratti di durata, il singolo atto esecutivo non soddisfa l'interesse del creditore, che viene soddisfatto solo dal compimento dell'opera.

-i contratti ad esecuzione differita sono caratterizzati dal decorso di un intervallo di tempo tra la conclusione del contratto e il momento della sua esecuzione. Il loro adempimento può esaurirsi in un solo atto esecutivo, invece, nel contratto d'appalto la prestazione dell'appaltatore richiede il compimento di più atti, finalizzati all'esecuzione dell'opera o servizio.

Il contratto d'appalto, pur non essendo un contratto di durata o a prestazione differita, è un contratto ad esecuzione prolungata ( non istantanea), che appartiene ad un terzo genere che si colloca tra i contratti a esecuzione istantanea e i contratti di durata. La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria ammettono l'interpretazione estensiva dell'art. 1467, sulla base della ratio di tale norma: questa vuole disciplinare tutti i casi in cui la prestazione non è immediata, per salvaguardare le parti dalle conseguenze negative dovute all'eccessiva onerosità. (Allo stesso risultato si può arrivare con l'interpretazione analogica, dal momento che l'art. 1467 è una norma generale e non speciale.)

Ulteriore presupposto per l'applicazione dell'art. 1467 è l'eccessiva onerosità. L'onerosità consiste in un aumento di valore della prestazione, perciò la prestazione diventa più onerosa quando il suo valore aumenta rispetto al momento della stipulazione del contratto. Nel nostro caso abbiamo una prestazione che diviene meno onerosa, ovvero abbiamo una diminuzione del valore della prestazione. Questo problema si supera guardando la ratio della norma, che vuole tenere indenni le parti dalle conseguenze derivanti dall'alterazione dell'equilibrio delle prestazioni. Se con questa norma si vuole salvaguardare l'equilibrio iniziale delle prestazioni, allora si può applicare anche al nostro caso, in via estensiva.

Si richiede che questa onerosità sia oggettiva: deve essere tale per tutti coloro che si trovassero ad avere assunto l'obbligo di eseguire quella determinata prestazione.

Infine tale onerosità deve essere eccessiva. Questo è un concetto elastico, (significa oltrepassare la soglia), perciò starà al giudice valutare caso per caso, in relazione a circostanze concrete e in termini oggettivi se si tratta di eccessiva onerosità. Il paragone deve essere fatto tra le posizioni contrattuali originarie e quelle venutesi a determinare dopo il sopravvenire degli eventi causativi dell'onerosità. Qualora si accerti un'alterazione non tollerabile dell'equilibrio iniziale voluto dalle parti, si può affermare che si tratta di eccessiva onerosità. ( Paradossalmente le parti possono aver stabilito uno squilibrio originario tra le prestazioni e la variazione sopravvenuta ha condotto la situazione all'equilibrio, ma questo non rileva per il giudice che deve valutare solo le conseguenze della variazione.)

C'è un indice dato dalla legge, anche se elastico, che troviamo al secondo comma dell'art. 1467 c.c. *“ La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto”*

Possiamo dire che si ha eccessiva onerosità quando la variazione supera l'alea normale del contratto. Per alea normale si intende quel rischio che normalmente quel contratto comporta e al quale le parti si sottopongono. Il giudice deve valutare tutto ciò, e se le parti hanno assunto dei rischi maggiori, rispetto a quelli normali, egli è tenuto ad alzare la soglia dell'alea normale.

Dall'art. 1469 ricaviamo che la risoluzione per eccessiva onerosità non si applica ai contratti aleatori per loro natura o per volontà delle parti.

Un altro presupposto per ricorrere alla disciplina dell'art. 1467 è che la sopravvenuta eccessiva onerosità sia stata causata da eventi imprevedibili e straordinari. Essi rappresentano due concetti distinti seppur collegati, e più precisamente un evento è straordinario quando va oltre la normale evoluzione degli eventi, ha natura oggettiva, non dipende dalla percezione delle parti. L'imprevedibilità pur avendo una radice soggettiva ( perché coinvolge le conoscenze del singolo), deve essere valutata in termini oggettivi, con riguardo non all'individuo che ha stipulato l'atto, ma all'uomo medio, tenendo conto della qualità dei contraenti ( ad esempio si guarda alla professione). E' imprevedibile l'evento che l'uomo con la diligenza di un buon padre di famiglia non poteva prevedere.

I caratteri di straordinarietà e imprevedibilità dell'evento vanno poi valutati in concreto, caso per caso. Nel nostro caso si dice che *“inaspettatamente e senza che ciò fosse prevedibile, il comune ha*

disposto l'apertura di una strada chiusa da tempo", questo sembra essere un evento imprevedibile e straordinario.

Valutata l'esistenza di tutti i presupposti per l'applicazione dell'art. 1467 c.c., la parte può chiedere la risoluzione del contratto.

La risoluzione di cui all'art. 1467 c.c. è una risoluzione di tipo giudiziale (la parte "può domandare la risoluzione"). La sentenza sarà una sentenza costitutiva -come quella per la risoluzione per inadempimento- in quanto l'inefficacia del contratto è conseguenza della sentenza. Invece la risoluzione per impossibilità sopravvenuta è disposta con una sentenza di mero accertamento, perché la risoluzione avviene di diritto al momento del verificarsi dell'evento che rende impossibile la prestazione.

Gli effetti della risoluzione ai sensi dell'art. 1467 sono previsti nell'art. 1458 c.c., secondo cui gli effetti sono retroattivi, salvo il caso di contratti di durata, riguardo ai quali l'effetto della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite. La ratio di questa norma è legata alla rilevanza causale dell'elemento di durata, infatti le prestazioni che si verificano nel tempo soddisfano l'interesse del creditore, perciò non si vuole la restituzione delle prestazioni già eseguite. L'appalto non è un contratto di durata, perciò gli effetti della risoluzione sono retroattivi. Per evitare la restituzione delle prestazioni già eseguite, che non è il rimedio ideale per le parti di un contratto d'appalto, c'è una disciplina specifica in tema di appalto, che prevede la riduzione del prezzo (art. 1664 c.c.)

L'art. 1467 c.c. giunge al risultato della risoluzione con effetto retroattivo, perciò vediamo in cosa si differenzia dall'art. 1671 c.c., che disciplina il recesso unilaterale. Questo è, innanzi tutto, un rimedio stragiudiziale. Ma se Tizio si avvallesse di questo rimedio, dovrebbe risarcire Caio il lucro cessante, oltre il danno emergente, portando il committente in una situazione svantaggiosa rispetto a quella che deriva dalla risoluzione per eccessiva onerosità. L'eccessiva onerosità sopravvenuta, non essendo imputabile a nessuna delle parti, comporta la restituzione delle prestazioni eseguite, ma mai il risarcimento del lucro cessante.

L'art. 1467 c.c. al terzo comma dispone che la parte, contro la quale è domandata la risoluzione, può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto. In questo caso Tizio può giovare della riduzione del prezzo solo se Caio la propone. L'offerta di riduzione deve essere equa, essa è un negozio giuridico unilaterale, che è nella disponibilità della parte, che la legge intende tutelare, ovvero quella a cui è domandata la risoluzione.

Nel nostro caso, l'appaltatore preferirà sicuramente servirsi di questa opportunità, offrendo a Tizio un'equa modifica delle condizioni contrattuali (che potrà consistere nella diminuzione del corrispettivo dovuto per quella parte relativa ai compensi preventivati per Sempronio). Da questo punto di vista, la domanda di risoluzione del contratto si presenta come uno strumento di pressione, a disposizione del committente, per strappare il consenso della controparte alla riduzione del prezzo.

\*\*\*

## Svolgimento n. 2

Tizio, proprietario del terreno sito in località Bardolino sul quale decide di farvi costruire una lussuosa villa, pretende nei confronti di Caio, costruttore edile che ha formulato il preventivo, la *riduzione del prezzo pattuito* sulla base di un'alterazione dell'equilibrio contrattuale originario, causata da un evento sopravvenuto (l'apertura inaspettata ed imprevedibile di una strada pubblica da parte del Comune) e dal conseguente minor costo che l'esecuzione della prestazione comporta a carico di Caio. Il problema consiste, dunque, nel determinare quali siano le possibilità che la

legge offre al committente per ovviare alle conseguenze di un evento sopravvenuto alla conclusione del contratto.

Innanzitutto, deve precisarsi che l'accordo intervenuto tra le parti è inquadrabile come *contratto d'appalto privato*, disciplinato dagli *artt. 1655 ss. c.c.*. L'*art. 1655 c.c.* definisce l'appalto come il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro. Infatti, Caio si è obbligato, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, al compimento di un'opera (la costruzione di una villa) verso un corrispettivo in denaro.

Per sgombrare il campo da eventuali dubbi circa la tipologia di contratto stipulato da Tizio e Caio, va precisato che *non può* trattarsi di un contratto d'opera (*artt. 2222 cc.*) principalmente perché, nel nostro caso, Caio assume il compimento di un'opera con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, mentre nel contratto d'opera una persona si obbliga a compiere un'opera o un servizio *con lavoro prevalentemente proprio* e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente. Si noti inoltre, anche se questo non è elemento decisivo ai fini della riconduzione del contratto al tipo dell'appalto, che Caio si è obbligato al compimento di un'opera verso un corrispettivo *in denaro*, mentre nell'*art. 2222 c.c.* non si specifica se il corrispettivo debba essere o meno in denaro.

Una volta inquadrata la fattispecie, si deve verificare se uno *squilibrio sopravvenuto tra le prestazioni* possa fondare la pretesa alla riduzione del prezzo dell'appalto.

Esaminando innanzitutto la disciplina codicistica in tema di appalto, si rinvencono due norme che possono venire in rilievo per la soluzione del caso di specie: si tratta degli *artt. 1671 – 1664 c.c.*

L'*art. 1671 c.c.* prevede espressamente che il committente può recedere dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purchè tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno. Tuttavia, nel nostro caso il recesso *non pare conveniente* per il committente Tizio, in quanto farebbe sorgere in capo a quest'ultimo un'*obbligazione di natura risarcitoria*, tale per cui egli dovrebbe risarcire il danno all'appaltatore Caio per i danni derivanti dal recesso (lucro cessante e danno emergente), esponendo quindi il committente Tizio a conseguenze simili a quelle di una risoluzione per suo inadempimento. Inoltre, come si evince dalla traccia del caso, il committente Tizio vorrebbe ottenere una riduzione del prezzo pattuito, e non desidera lo scioglimento del vincolo contrattuale.

L'*art. 1664, c. 1, c.c.* contempla l'ipotesi di *onerosità dell'esecuzione*, prevedendo espressamente che, qualora per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera, tali da determinare un aumento o una diminuzione superiori al decimo del prezzo complessivo convenuto, l'appaltatore o il committente possono chiedere una revisione del prezzo medesimo. La revisione può essere accordata solo per quella differenza che eccede il decimo.

L'*art. 1664, c. 2, c.c.* contempla, invece, l'ipotesi di *difficoltà dell'esecuzione*, prevedendo espressamente che, se nel corso dell'opera si manifestino difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione dell'appaltatore, questi ha diritto a un equo compenso.

Quindi, nella prima delle due ipotesi sia il committente che l'appaltatore, nella seconda ipotesi solo l'appaltatore, sono legittimati a chiedere la revisione del prezzo convenuto, ovvero un equo compenso. Occorre poi, in tutte e due le ipotesi, che le circostanze sopravvenute abbiano determinato uno squilibrio di notevole entità tra le rispettive posizioni contrattuali.

Per quanto riguarda la soluzione del nostro caso, si esclude la possibilità di ricorrere all'*art. 1664, c. 2, c.c.*, in quanto contempla un *rimedio esercitabile dal solo appaltatore*. Si deve allora stabilire se il committente Tizio possa invocare la previsione di cui all'*art. 1664, c. 1, c.c.*.

Dal momento che, nel nostro caso, a diminuire è stato il *costo del trasporto dei materiali*, si deve innanzi tutto verificare se la variazione del costo del trasporto dei materiali sia alla stregua della variazione del costo dei materiali.

Seppur vero che una variazione del costo dei materiali potrebbe dipendere anche da una variazione del costo di trasporto degli stessi, si deve intendere, con un'*interpretazione restrittiva*, che il costo dei materiali sia soltanto il *costo di acquisto* degli stessi, e non anche le variazioni dei costi di trasporto che l'appaltatore deve sopportare, successivamente all'acquisto, per trasferire i materiali stessi. A questa conclusione si giunge in considerazione del fatto che, se si intendessero anche i costi di trasporto al cantiere, potrebbe aprirsi un *conflitto con l'art. 1664, c. 2, c.c.*, che si riferisce alla c.d. *sorpresa geologica* e che tutela l'appaltatore nei confronti del rischio che la sua prestazione divenga maggiormente onerosa a causa di eventi naturali. Infatti, se questi costi potessero venire in rilievo anche ai fini dell'*art. 1664, c. 1, c.c.*, la medesima fattispecie potrebbe rientrare nell'ambito di applicabilità di due norme diverse, dirette ad attribuire all'appaltatore due rimedi differenti, e tra di loro inconciliabili, con la conseguenza che l'una o l'altra dovrebbe essere disapplicata. Quindi, al fine di evitare l'*aporia* consistente nell'avere, per la stessa fattispecie, due norme che prevedono rimedi diversi, si deve concludere che le variazioni del costo dei materiali dipendenti dal loro trasporto al cantiere *non* possono rientrare nell'ambito di applicabilità dell'*art. 1664, c. 1, c.c.*, e possono venire in rilievo solo se conseguenza di eventi rilevanti ai sensi dell'*art. 1664, c. 2, c.c.*. dunque, la conclusione è che il committente non pare legittimato ad invocare una riduzione del prezzo *ex art. 1664, c. 1, c.c.*

Tuttavia, si può notare come l'*art. 1664 c.c.* costituisca una speciale applicazione, al contratto d'appalto, del principio generale contenuto nell'*art. 1467 c.c.*. L'*art. 1467, c. 1, c.c.* contempla il rimedio della *risoluzione del contratto*, prevedendo espressamente che, nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'*art. 1458 c.c.*. Il principio è identico, ma diversa è la disciplina: infatti, nell'*art. 1664 c.c.* non è prevista la risoluzione del contratto, ma la *revisione del prezzo*, cioè il mantenimento del contratto a condizioni diverse, ovvero l'attribuzione di un equo compenso. La *ratio* della differente disciplina va rinvenuta nel fatto che la revisione ha la finalità di evitare la risoluzione di un contratto, come quello d'appalto, che *merita di essere mantenuto in vita*. Infatti, nell'appalto le parti non hanno interesse a interrompere il vincolo, in quanto questo comporterebbe un aggravio della situazione per entrambe: l'appaltatore, infatti, ha fatto degli investimenti, sostenendo spese ed oneri, che si renderebbero inutili interrompendo il contratto, mentre il committente dovrebbe rinegoziare la stessa prestazione con un terzo, il che comporterebbe un prezzo con ogni probabilità superiore.

Il rapporto di genere a specie tra le fattispecie di cui agli *artt. 1467 – 1664 c.c.* induce allora ad interrogarsi circa l'*applicabilità del rimedio risolutorio* anche al contratto d'appalto, nonostante che per quest'ultimo il legislatore abbia dettato una normativa specifica.

Una parte della dottrina civilistica sostiene un'*applicabilità indiscriminata*, a fronte di qualsiasi imprevedibile circostanza sopravvenuta che abbia alterato l'equilibrio contrattuale voluto dalle parti, anche in presenza di circostanze comuni alle due fattispecie. I fautori di questa impostazione sostengono che si dovrebbe tenere conto di come il legislatore abbia previsto lo strumento della

risoluzione sul presupposto che la prestazione di una delle parti sia divenuta *eccessivamente* onerosa, mentre il ricorso alla revisione presuppone la semplice *onerosità* della prestazione provocata da aumenti o diminuzioni nel costo dei materiali o della mano d'opera nel primo comma e la *notevole* onerosità della prestazione stessa nel secondo comma. Tuttavia, questa impostazione sembra insostenibile, in quanto le ipotesi contemplate negli *artt. 1664 – 1467 c.c.* sono tutte riconducibili ad un unico, comune denominatore, la *sopravvenuta onerosità*, e ciò che diverge è solo il grado che quest'ultima deve raggiungere per poter rilevare.

Un'altra parte della dottrina civilistica sostiene l'*assoluta inoperatività* del rimedio generale della risoluzione in ragione della specialità dell'*art. 1664 c.c.*, poiché si risolverebbe in un'ingiustificata estensione del rimedio specifico ed alternativo, in quanto con questa normativa speciale il legislatore ha voluto esaurire tutte le ipotesi di sopravvenuta onerosità nell'appalto. Tuttavia, per giungere a questa conclusione, è necessario ritenere che l'*art. 1664 c.c.* contenga la disciplina per tutte le ipotesi di sopravvenienza che possono verificarsi nella vita del contratto d'appalto, dimostrando così che l'*art. 1664 c.c.* contiene una *norma con funzione di chiusura* e che non esiste, quindi, un ambito di applicazione residuale per l'*art. 1467 c.c.*, cioè per la norma generale.

Quindi, si devono analizzare le *ipotesi di sopravvenienza* contemplate dai due commi dell'*art. 1664 c.c.*, per valutare se esse coprano l'intera gamma delle possibili fattispecie.

In buona sostanza, ci si chiede se l'*art. 1664, c. 2, c.c.* comprenda, con l'espressione *cause simili*, tutti i casi di onerosità sopravvenuta che non siano riconducibili all'ipotesi presa in considerazione dall'*art. 1664, c. 1, c.c.*, e che non rientrino nemmeno tra le cause di origine geologica o idrica. La lettura del testo induce a ritenere che le *cause simili* siano *solo cause di origine naturale*, e che quelle non naturali restino escluse. Per la verità, esiste una dottrina civilistica minoritaria che sostiene la tesi contraria, cioè la tesi che comprende tra le *cause simili* anche quelle che abbiano *natura obiettiva*, come il fatto del terzo o il *factum principis*, vale a dire *cause non imputabili alle parti*. Tale dottrina minoritaria ha argomentato sostenendo che il legislatore avrebbe menzionato le sole cause naturali perché queste sarebbero le più frequenti e che la norma sarebbe applicabile a tutte le cause, anche non naturali, sulla base di un'*interpretazione estensiva*, quindi senza necessità di ricorrere ad un'applicazione analogica, che non sarebbe consentita dalla natura eccezionale della norma.

Tuttavia, sembra da preferirsi la tesi opposta, quella che limita l'interpretazione della formula "*e simili*" alle *sole cause di tipo naturale*, questo sia perché la locuzione "*e simili*" fa pensare a cause che abbiano un elemento comune con le cause idriche o geologiche, cioè l'*origine naturale del fenomeno*, sia perché allude al tipo dell'evento, e non agli effetti che possano derivarne. Infatti, il diritto all'equo compenso deve essere collegato al prodursi di cause geologiche, idriche e simili, non al prodursi di cause geologiche, idriche e *di altre cause che provochino effetti simili*. Inoltre, le eventuali ipotesi non rientranti nel campo di applicazione dell'*art. 1664 c.c.* possono trovare tutela attraverso l'applicazione di altre disposizioni del codice, tra cui l'*art. 1467 c.c.*.

La dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono applicabile la disposizione generale, di cui all'*art. 1467 c.c.*, *in via residuale*, cioè nel caso in cui l'accadimento concreto fuoriesca da quelli contemplati dalla disposizione specifica dettata in tema di appalto. Infatti, nel nostro caso la prestazione dell'appaltatore Caio è divenuta meno onerosa a causa di un *factum principis*, cioè a causa di un provvedimento dell'autorità che cosituisce fatto sopravvenuto incidente sui costi, che nel nostro caso assume la forma di un provvedimento con il quale il Comune ha disposto la riapertura di una strada chiusa da tempo.

Quindi, dovrebbe riconoscersi al committente Tizio la possibilità di ricorrere al *rimedio risolutorio* di cui all'*art. 1467 c.c.*.

Allora, occorre accertare la *compatibilità* tra la norma dettata nell'*art. 1467 c.c.* e la fattispecie del contratto d'appalto, verificando se nella fattispecie del contratto d'appalto siano ravvisabili tutti i presupposti di applicabilità dell'*art. 1467 c.c.*

1. Innanzi tutto, l'*art. 1467 c.c.* si riferisce ai *contratti con prestazioni corrispettive*, categoria alla quale appartiene anche il contratto d'appalto, poiché in tanto l'appaltatore assume l'obbligo di compiere un'opera o un servizio, in quanto il committente si impegna a pagargli un corrispettivo in denaro.

Inoltre, va precisato che il contratto d'appalto *non è un contratto a titolo gratuito*, ma è un contratto solo oneroso. Infatti, un contratto in cui un imprenditore si obblighi a compiere un'opera o un servizio senza corrispettivo non è un contratto d'appalto, bensì un contratto atipico gratuito. Infine, va precisato che il contratto d'appalto *non può essere ricondotto a donazione*, in quanto le obbligazioni di *fare* non sono oggetto di tale istituto. Infatti, oggetto di donazione sono solo le obbligazioni di *dare*, perché solo in tali obbligazioni vi è l'elemento essenziale dello spostamento di ricchezza, cioè dell'arricchimento del donatario col corrispondente impoverimento del donante.

2. Poi, l'*art. 1467 c.c.* si riferisce ai *contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita*.

I contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita sono *contratti di durata*, cioè contratti in cui la *durata della prestazione nel tempo* è un elemento essenziale della causa del contratto, in quanto ciascun atto esecutivo soddisfa in sé l'interesse del creditore.

Tuttavia, va rilevato che il contratto d'appalto non rientra in nessuno di questi tre modelli. Infatti, il contratto d'appalto non è un contratto né ad esecuzione periodica, cioè un contratto in cui l'esecuzione della prestazione si compone di una molteplicità di atti esecutivi che si susseguono ad intervalli regolari di tempo, né ad esecuzione continuata, cioè un contratto in cui l'esecuzione della prestazione continua nel tempo senza interruzioni, poiché nell'appalto l'interesse del committente è *diretto al conseguimento di un'opera, indipendentemente dal tempo* necessario a produrla. Quindi, pur essendo lapalissiano che per l'esecuzione di un'opera o di un servizio occorre tempo, tuttavia questo non è elemento essenziale della causa del contratto, cioè non rientra nella causa del contratto. Con ciò si esclude che un singolo atto di esecuzione possa soddisfare l'interesse del committente, al quale importa soltanto che l'opera sia compiuta e gli venga consegnata, anche se per questo dovrà aspettare il decorso di un certo periodo di tempo.

Infine, il contratto d'appalto non è nemmeno un contratto ad esecuzione differita, cioè un contratto in cui vi è distanza tra il momento della conclusione del contratto e l'esecuzione del contratto, visto che in tale ultima categoria rientrano contratti il cui adempimento si esaurisce in un solo atto esecutivo, sia pure distanziato nel tempo, mentre nell'appalto *l'esecuzione della prestazione dell'appaltatore richiede il compimento di più atti*, tutti finalizzati all'esecuzione dell'opera o del servizio.

Quindi, si può concludere che l'appalto è un *contratto ad esecuzione prolungata*, vale a dire un contratto in cui per ragioni tecniche l'esecuzione è prolungata nel tempo, non istantanea, cioè appartiene ad un *tertium genus*, che si colloca tra i contratti ad esecuzione istantanea e i contratti di durata. Tale affermazione, associata alla convizione, che fa riferimento alla *ratio* della norma, secondo cui l'*art. 1467 c.c.* sarebbe suscettibile di *interpretazione estensiva*, per cui troverebbe applicazione con riguardo a tutti i contratti ad esecuzione non immediata, consente di *far rientrare l'appalto tra i contratti cui è applicabile la disposizione* in parola.

3. Inoltre, l'art. 1467 c.c. postula che la prestazione di una delle parti sia divenuta *eccessivamente onerosa*.

Quella di eccessiva onerosità è una nozione indeterminata che si compone di due elementi, l'*onerosità* e la sua *natura eccessiva*.

L'onerosità va valutata in base ad un *criterio oggettivo*, tale per cui occorre valutare l'onerosità della prestazione considerando questa in sé e per sé, per accertare se la maggiore onerosità invocata dal debitore sia tale non solamente nei suoi confronti, ma anche in quelli di tutti coloro che si trovassero ad aver assunto l'obbligo di eseguire quella determinata prestazione. Quindi, l'onerosità deve essere considerata quale *variazione di valore tra prestazioni oggettivamente apprezzabile*, indipendentemente da chi sia il debitore.

Invece, la natura eccessiva dell'onerosità consiste nel *superamento*, da parte di quest'ultima, *di una soglia di apprezzabilità*. Tuttavia, si tratta di un criterio elastico, che non consente di fissare parametri astratti, e che deve essere certificato in termini oggettivi a cura del giudice, il quale stabilirà, caso per caso, quando il limite di tolleranza possa dirsi superato. Il raffronto va effettuato non tanto in base all'equilibrio del mercato, quanto tra le posizioni contrattuali originarie stabilite dalle parti e quelle venutesi a determinare dopo il sopravvenire degli eventi causativi dell'onerosità. Quindi, potrebbe pure darsi che l'equilibrio iniziale fosse in realtà uno squilibrio tra le posizioni contrattuali e che la variazione abbia concorso a renderlo più equo, ma tutto questo al giudice non deve interessare.

4. L'art. 1467, c. 2, c.c. fornisce al giudice un criterio che guida, e allo stesso tempo limita, la sua attività di valutazione. Infatti, l'art. 1467, c. 2, c.c. prevede che *la sopravvenuta onerosità non debba rientrare nell'alea normale del contratto*. Questa previsione potrebbe anche essere parafrasata nel seguente modo: l'onerosità è eccessiva solo se eccede l'alea normale del contratto, mentre non può considerarsi eccessiva fino al momento in cui rientri in tale alea.

Per alea normale deve intendersi quel *rischio che il contratto normalmente comporta e al quale le parti si sottopongono*. Quindi, il concetto fa riferimento ad un *criterio di normalità*, per cui, in concreto, il giudice deve verificare qual'è il rischio *normalmente* assunto dalle parti. Se il rischio è superiore il giudice deve alzare la soglia dell'eccessiva onerosità.

Tuttavia, dal momento che, nel nostro caso, non si ha un aumento di valore della prestazione, non essendoci una prestazione che diventa più onerosa, bensì la prestazione diventa meno onerosa, cioè diventa economicamente più vantaggiosa (il committente Tizio si lamenta della circostanza che la prestazione dell'appaltatore Caio sia diminuita di valore), occorre stabilire se l'onerosità di cui all'art. 1467 c.c. debba consistere *esclusivamente* nell'aumento di valore della prestazione, ovvero possa consistere anche nella diminuzione di valore della controprestazione. La dottrina civilistica maggioritaria ha risolto il problema in base alla *ratio* dell'istituto, sostenendo che, se la finalità di quest'ultimo è quella di conservare un'equilibrio tra le prestazioni, devono rilevare tanto l'aumento di valore della prestazione quanto lo svilimento della controprestazione, per cui anche *la diminuzione di valore della controprestazione rientra nel concetto di onerosità sopravvenuta*.

5. Infine, l'art. 1467 c.c. richiede che la sopravvenuta eccessiva onerosità sia stata causata da *avvenimenti straordinari ed imprevedibili*.

Quindi, deve stabilirsi se i termini "*straordinario ed imprevedibile*" siano da intendersi come un'endiadi, cioè come espressione di un unico concetto, ovvero rappresentino due requisiti distinti. La dottrina civilistica maggioritaria ritiene che siano due *attributi distinti, seppur collegati*. Più precisamente, il criterio della straordinarietà viene considerato di natura obiettiva, cioè da intendersi come *tutto ciò che sta al di fuori del normale svolgersi degli eventi*, al di fuori dell'ordine



normale delle cose, mentre l'imprevedibilità, pur avendo una radice soggettiva, si ritiene vada valutata anch'essa in termini obiettivi, cioè con riguardo non all'individuo che ha stipulato il contratto, bensì all'uomo medio, cioè alla *previsione di una persona di media diligenza e accortezza*, quindi facendo riferimento alla diligenza media del buon padre di famiglia.

Quindi, i caratteri della straordinarietà e della imprevedibilità devono valutarsi *in concreto*, con riferimento al singolo contratto, e non in astratto. È questa una tendenza generale all'*oggettivizzazione del contratto* volta alla *responsabilizzazione delle parti*, per cui la valutazione va fatta tenendo conto delle circostanze concrete, tanto con riferimento agli eventi naturali quanto con riferimento agli eventi umani.

In base a quanto sopra enunciato, deve concludersi che il committente Tizio può avvalersi, oltre che dell'*art. 1671 c.c.*, il quale consente il *recesso unilaterale stragiudiziale del committente*, purchè tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno, norma che appare poco conveniente per il committente Tizio, in quanto per lui onerosa, anche dell'*art. 1467 c.c.*, che prevede la *risoluzione del contratto*, che è risoluzione giudiziale, cioè risoluzione che la parte può domandare al giudice, mentre non può servirsi dell'*art. 1664 c.c.*, il quale prevede la *revisione del prezzo*, per la non pertinenza della fattispecie esaminata alla disposizione.

Va aggiunto che la sentenza emanata dal giudice sarebbe una *sentenza costitutiva*, e non dichiarativa, perché non si limiterebbe a verificare l'inefficacia del contratto, bensì la costituirebbe. Infatti, diversamente dalla sentenza di accoglimento della domanda di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, che è una sentenza di mero accertamento, la sentenza di accoglimento della domanda di risoluzione sia per inadempimento che per eccessiva onerosità è una sentenza costitutiva.

Inoltre, va aggiunto che l'*art. 1467 c.c.* attribuisce sì al committente Tizio la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto, ma *con gli effetti stabiliti dall'art. 1458 c.c.*, che distingue i contratti di durata dagli altri contratti, stabilendo per i primi l'efficacia *ex nunc* della risoluzione, per i secondi l'efficacia retroattiva.

Più precisamente, la risoluzione comporta l'estinzione delle obbligazioni contrattuali, per cui, se nulla è stato fatto, non si producono altri effetti, altrimenti, sorge in capo alle parti un obbligo restitutorio di quanto sia stato già prestato.

Nel nostro caso, non essendo l'appalto un contratto di durata, la risoluzione avrà effetto retroattivo.

Infine, l'*art. 1467, c. 3, c.c.* prevede espressamente che la parte contro la quale è domandata la risoluzione *può evitarla* offrendo di *modificare equamente le condizioni del contratto*. Se il legislatore avesse previsto il solo rimedio risolutorio, avrebbe peccato di parzialità, in quanto sarebbe rimasto tutelato esclusivamente l'interesse del debitore. Infatti, sarebbe stato iniquo consentire al debitore di liberarsi dal suo obbligo con la risoluzione del contratto, senza dar modo alla controparte di mantenerlo in vita offrendo una modificazione dello stesso destinata a neutralizzare gli effetti dannosi dell'evento sopravvenuto. Infine, va precisato che la possibilità di evitare la risoluzione è ammessa *solo all'appaltatore*, e non anche al committente, e che si tratta di un *negozio giuridico unilaterale espressione di un diritto potestativo*, per cui la controparte non può rifiutarsi di accettare le modifiche alle condizioni del contratto, se non contestando l'equità dell'offerta. Nel nostro caso, l'appaltatore Caio preferirà servirsi di questa opportunità, al fine di evitare la risoluzione del contratto, offrendo al committente Tizio un'equa modifica delle condizioni contrattuali, che potrà consistere nella diminuzione del corrispettivo pattuito. Quindi, può concludersi che la domanda di risoluzione del contratto si presenta come uno *strumento di pressione* a disposizione del committente per strappare il consenso alla riduzione del prezzo all'appaltatore, disposto a scendere a patti.

## CASO n. 5

### **Sale and lease back e divieto del patto commissorio**

*La società Alfa, posta al vertice di società controllate, acquista nel gennaio 2005 un complesso immobiliare al prezzo di 5 milioni di euro e lo destina a sede principale di una delle società dalla medesima controllata.*

*Nel settembre 2009, avendo necessità, tra l'altro, di ripianare i debiti via via crescenti delle sue controllate, rispetto ai quali sono peraltro pendenti alcune procedure esecutive, la società Alfa stipula un contratto con la società finanziaria Beta in virtù del quale Beta acquista la proprietà del complesso immobiliare pagando un corrispettivo di 4 milioni di euro. Contestualmente, Beta concede in godimento ad Alfa il complesso medesimo, per la durata di sei anni, ad un canone mensile di 80 mila euro, stabilendo che, alla scadenza del periodo di godimento, Alfa abbia diritto di riacquistare la proprietà del bene pagando a titolo di corrispettivo una somma supplementare pari ad un'intera annualità del canone.*

*Immediatamente conclusa l'operazione, Alfa conferma la destinazione del bene a sede della sua controllata, la quale pertanto ne conserva il godimento senza soluzione di continuità.*

*Si precisa che al momento in cui la predetta operazione viene conclusa, il bilancio di Alfa evidenzia un patrimonio netto in sofferenza.*

*Dopo aver pagato regolarmente le prime due annualità di canone, la società Alfa, esaurita ogni liquidità per ripianare i debiti delle controllate, che versano ormai in situazione di grave ed evidente dissesto finanziario, cessa, a partire da settembre 2011, tutti i pagamenti.*

*Nel dicembre 2011, Beta si rivolge ad un avvocato per far valere le sue ragioni contro Alfa.*

\*\*\*

#### Svolgimento n. 1

Il problema consiste nello stabilire cosa ha da pretendere la società Beta nei confronti della società Alfa a seguito del mancato pagamento dei canoni a partire dal mese di settembre 2011.

La questione deve essere esaminata muovendo dall'esame del contratto stipulato dalle parti. In particolare possiamo riconoscere due momenti: il trasferimento di proprietà dell'intero complesso a favore di Beta (con pagamento di 4 milioni di euro) e la concessione in godimento del medesimo per sei anni ad Alfa (con canone mensile di 80 mila euro) con facoltà di riacquistare la proprietà con pagamento di un'ulteriore annualità (pari a 960 mila euro).

Questo tipo di contratto viene definito come 'sale and lease back': un'operazione negoziale complessa atipica d'alienazione di un bene strumentale all'impresa, allo scopo di acquisire una liquidità immediata, e, contestualmente, di conservare l'uso del bene, con la facoltà di acquisirne la proprietà nuovamente.

Rispetto al modello di leasing finanziario tradizionale riscontriamo alcune diversità: nel nostro caso l'ultima rata è molto elevata (constatazione di fatto), ma soprattutto che il proprietario è anche l'utilizzatore. Si ricordi la funzione pratica del leasing: chi non è proprietario ottiene il godimento di un bene per la propria attività d'impresa, senza immobilizzare ricchezza. Nel nostro caso questa esigenza manca. Infatti Alfa ha bisogno di liquidità e per questo vende il complesso immobiliare, ottenendo liquidità per ripianare i debiti e per futuri investimenti, non privandosi del bene fondamentale per l'attività d'impresa. Da quanto detto nel nostro caso possiamo riscontrare una funzione finanziaria e non la funzione originaria del leasing.

Analizzando la struttura del 'sale and lease back', si nota la combinazione di elementi dei contratti di vendita e di leasing. Ci si è interrogati se sia un unico contratto o più contratti collegati tra loro. La dottrina maggioritaria ritiene che sia un'ipotesi unitaria: l'operazione è congegnata in modo tale che la causa della vendita non sia riconoscibile, perché la funzione è solo quella di finanziamento. Si ritiene che i canoni pagati debbano compensare quanto si è pagato, gli interessi e il compenso per il godimento.

Altra parte della dottrina ritiene che siano più contratti collegati tra loro con tutte le implicazioni che ne derivano (es. se è nulla la vendita sarà nullo anche il leasing).

Ritorniamo al caso della traccia: quali potrebbero essere le pretese di Beta dopo un contratto di questo tipo? Analizziamo la situazione prospettata da tale contratto: se Alfa non paga le rate e la somma supplementare di un'annualità allo scadere dei sei anni, Beta rimane proprietaria dell'immobile. Inoltre se fossimo di fronte ad un qualsiasi altro contratto con funzione finanziaria (es. mutuo concesso da una banca) si potrebbero chiedere gli interessi sulla somma data e una garanzia ipotecaria su un'immobile. Ma nel nostro caso il bene è già di Beta.

Ci chiediamo se questa situazione sia in conflitto con qualche norma del codice civile e in particolare con l'art 2744, relativo al divieto del patto commissorio. Tale disciplina rende nullo di diritto il patto con il quale la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno, passi al creditore quando manchi il pagamento del credito nel termine fissato.

Nel nostro caso non c'è un'ipoteca sull'immobile e quindi nemmeno il conseguente passaggio di proprietà di una cosa data in garanzia. Inoltre il momento traslativo nell'art 2744 è quello dell'inadempimento (cioè una condizione sospensiva), quindi ha un'efficacia traslativa eventuale, mentre nel nostro caso il trasferimento è immediato, o per meglio dire, è già avvenuto con la conclusione del contratto.

Alla domanda se siamo di fronte ad un patto commissorio parte della dottrina risponde negativamente e altra parte affermativamente, precisando però che non è un vero e proprio patto commissorio, ma ha la stessa finalità.

Accogliendo questo orientamento, analizziamo la ratio dell'art 2744. Potremmo ipotizzare come ratio il tentativo di evitare la sproporzione, che spesso si riscontra nella prassi, tra l'importo dovuto come debito e il bene dato in garanzia. Il codice civile però ha rimedi per l'iniquità delle prestazioni come per esempio l'art 1815 c.2 (riguardante gli interessi usurari e il conseguente rimedio del mutuo gratuito), ma inapplicabile al nostro caso perché non possiamo parlare di usura, e l'art 1448, che contempla la rescissione del contratto. Tale rimedio generale richiede un presupposto oggettivo (lesione ultra dimidium, cioè oltre la metà del valore al tempo del contratto) e uno soggettivo (l'aver approfittato dello stato di bisogno cioè l'essere in mala fede). L'obiezione che viene sollevata però è che l'art 2744 non menziona né la sproporzione né gli elementi soggettivi.

Un'altra ipotesi di ratio potrebbe essere il rispetto della par condicio creditorum ex art 2741. Il creditore che ha una garanzia su un bene ipotecato deve rispettare la disciplina dell'ipoteca e le conseguenti norme sull'espropriazione. Con il patto commissorio invece il creditore soddisfa il suo credito al di fuori delle garanzie, danneggiando altri creditori.

Sorgono però dei dubbi al riguardo. Ci sono altri strumenti per tutelare i creditori e sono i mezzi di conservazione della garanzia generica: l'azione revocatoria e l'azione surrogatoria. Parliamo della prima (poiché la seconda non è il nostro caso). Le condizioni per il suo esercizio sono la presenza di un atto di disposizione del debitore che reca pregiudizio al creditore, la conoscenza e consapevolezza di arrecare danno e che, nel caso di atto a titolo oneroso, il terzo fosse consapevole o partecipe del pregiudizio.

Confrontando questa disciplina con l'art 2744 comunque notiamo alcune differenze: il rimedio dell'art 2744 (nullità) è un rimedio più forte della revocatoria e comunque nell'art 2744 non ritroviamo richieste tutte le condizioni dell'art 2901.

In conclusione, in dottrina troviamo ben quattro orientamenti circa la ratio della nullità del patto commissorio:

1. togliere l'abusiva pressione sul debitore;
2. tutelare i creditori (rispetto della par condicio creditorum);
3. togliere l'abusiva pressione sul debitore e tutelare i creditori;
4. tutelare l'interesse generale di ordine pubblico, non una specifica posizione di abuso, quindi si mira ad evitare un pregiudizio sociale-economico. Nella prassi potrebbero affermarsi clausole di stile che astrattamente ledono il debitore (a prescindere se poi venga lesa o meno) e, per evitare ciò, si ritiene che il legislatore operi in modo preventivo ed astratto. (Bianca)

La giurisprudenza ha seguito la terza tesi, cioè quella dell'unione della tutela del debitore e dei creditori.

Possiamo chiederci se l'art 2744 si applica al nostro caso. Già la giurisprudenza nel 1970 espone di molto la portata del divieto dei patti commissori, infatti applichiamo tale norma anche quando non c'è una garanzia ipotecaria o pignoratizia (patto commissorio autonomo). In tal caso ci si appropria del bene indipendentemente dalla garanzia, quindi non si deroga né si esegue la disciplina della garanzia. Si ammette l'applicazione anche a questo caso perché serve maggior tutela quando manca la garanzia.

Si è estesa l'applicazione dell'art 2744 anche al patto commissorio obbligatorio. Tale fattispecie, affermata nella prassi, si verifica quando, in caso d'inadempimento, sussiste l'obbligo per il debitore di trasferire il bene al creditore. Tale situazione è simile al contratto preliminare: c'è una efficacia obbligatoria non automatica, perché si richiede un ulteriore consenso per il definitivo passaggio in proprietà a favore del creditore. Quest'ultimo comunque potrebbe richiedere l'applicazione dell'art 2932, che riguarda l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto, nel momento in cui il debitore non dia il consenso per il definitivo passaggio in proprietà. Questo patto di contratto preliminare d'alienazione di immobile si può trascrivere per renderlo opponibile ai terzi.

Nel nostro caso il trasferimento non è conseguenza dell'inadempimento, perché è immediato cioè sussiste all'origine del contratto.

Ci si può chiedere se le norme sul patto commissorio sono applicabili anche ai contratti con trasferimento immediato.

Fino al 1973 la giurisprudenza riteneva esclusa l'applicabilità dell'art 2744 a tali tipi di contratti perché non espressamente previsti. Infatti il trasferimento immediato non comporta una pressione sul debitore, in quanto lo stesso poteva scegliere se alienare il bene, infatti non c'è ancora l'inadempimento, cioè una situazione di debolezza di fronte al creditore. Inoltre la giurisprudenza escludeva l'applicazione in via analogica dell'art 2744 perché è norma di divieto e quindi eccezionale.

Dal 1983 con una sentenza (confermata in altre due sentenze della Cassazione a Sezione Unite del 1989) si è estesa l'applicabilità dell'art 2744 anche ai casi di contratti con effetto traslativo immediato quando si ritenere violato lo spirito della norma (tutela del debitore e la par condicio creditorum). Questo si verifica quando le parti decidano di far dipendere l'effetto traslativo dall'inadempimento. Nella pratica è la stessa situazione che si verifica con il patto commissorio. Nei contratti ad effetto traslativo immediato però la causa di nullità non deriva dalla violazione dell'art 2744 perché ha struttura diversa.

A questo punto analizziamo la disciplina generale dei contratti circa la causa, poiché il negozio in questione è atipico. Vengono in rilievo tre norme del quarto libro e cioè gli artt 1343, 1344, 1345. Analizziamo la possibile applicabilità degli stessi al nostro caso. Per quanto riguarda l'art 1343 non possiamo applicarlo perché il contratto di per sé è lecito, quindi non contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume. Anche l'art 1345 non possiamo applicarlo perché comunque il motivo illecito non sussiste, poiché la funzione di garanzia non è un motivo, è una causa. Più appropriata al nostro caso è l'ipotesi dell'art 1344 cioè del contratto in frode di legge: se il contratto costituisce un mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa (provocando quindi una violazione indiretta), la sua causa è illecita e per ciò nulla ex art 1418. A ben vedere applicando questi due artt (1344 e 1418) si raggiungono risultati analoghi di quelli previsti dall'art 2744, con il vantaggio che, applicando l'art 1344, si supera il limite dell'eccezionalità detta prima.

La sentenza delle Sezioni Unite in realtà si è occupata della vendita con patto di riscatto. Tale contratto consiste nell'alienazione immediata del bene con possibilità di riscattarlo rimborsando il prezzo. E' un contratto lecito ma può essere usato come elusivo del patto commissorio. Ad esempio il caso in cui un venditore che non vuole cedere definitivamente il bene ma garantire un prestito. In tale situazione la causa della vendita con patto di riscatto non è una vendita, cioè la dismissione definitiva del bene per acquistarne il controvalore, ma serve per garantire un credito. Ciò detto rende illecita la causa ex art 1344 perché è elusivo del divieto del patto commissorio.

La teoria accolta dalla giurisprudenza era già stata formulata dal Bianca alla fine degli anni '50.

Sorge la domanda spontanea se tutte le alienazioni in garanzia siano elusive del patto commissorio. Il punto non è molto chiaro ma in generale non si può affermare che questo tipo di contratto in ogni caso sia nullo per illiceità della causa. Ci sono delle alienazioni in garanzia considerate come valide, per esempio la cessione di crediti a scopo di garanzia (ipotesi non regolata direttamente dal c.c. ma comunque riconosciuta come valida). Riguardo questo esempio, la dottrina e la giurisprudenza hanno ritenuto applicabile l'ipotesi contemplata dal c.c. agli artt 2800 e seguenti circa il pegno di credito. In modo particolare l'art 2803 dichiara al secondo capoverso: ' Se il credito garantito è scaduto, il creditore può ritenere del denaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle proprie ragioni e restituire il residuo al costituente...'. Applicando tale norma al credito a scopo di garanzia, non si verifica l'effetto del patto commissorio: il creditore viene sì soddisfatto ma nei limiti del suo credito, viene tutelato il debitore e viene rispettata la par condicio creditorum, perché il residuo viene versato nel patrimonio del debitore per soddisfare gli altri creditori. . Tale disposizione però ha un ambito di applicazione limitato ai soli crediti.

Resta da analizzare se nel c.c. ci sono norme nelle quali vengono analizzati i beni mobili diversi dai crediti e, in modo particolare per la risoluzione del nostro caso, i beni immobili.

Si parta dal presupposto che l'alienazione in garanzia si è riconosciuta come sempre lecita quando è accompagnata da un patto definito marciano, nel quale le parti si accordano che, in caso di inadempimento del debitore, il creditore può vendere il bene e soddisfarsi sul ricavato ma nei limiti del suo credito ( quindi senza eludere la ratio del patto commissorio). Tale patto per parte della dottrina può ritenersi implicito, ma per la dottrina maggioritaria serve che il patto sia espressamente previsto dalle parti.

Un altro esempio, che il c.c. ci offre riguardo alle alienazioni in garanzia, è il pegno irregolare (art 1851). In tale ipotesi si riscontra il trasferimento della proprietà di denaro, merci o titoli non individuati, con la restituzione della 'somma o la parte di merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti'.

Un altro esempio dato dal d. lgs. 170/2004 è il contratto di garanzia finanziaria. In tale fattispecie l'oggetto determinante è l'obbligazione ( in genere pecuniaria ) con istituti bancari. Il bene su cui si

costituisce la garanzia è un credito e quindi risulta essere anch'esso uno strumento finanziario. La legge si applica, in base all'art 1 lett. d), al pegno, alle garanzie mobiliari atipiche (quindi pattizie) e ai contratti con cui si trasferisce la titolarità del diritto di proprietà (quindi cessioni). L'art 6 c.2 d. lgs. 170 esclude espressamente l'applicabilità dell'art 2744, perché i mercati avevano timore di non favorire le alienazioni finanziarie. Tale previsione comunque può dirsi superflua perché all'art 4 lett. a) dello stesso d. lgs. si prevede che, per tali garanzie, il modo di escussione è quello del pegno di crediti o del pegno irregolare, cioè con la restituzione dell'eccedenza. In entrambi i casi si sottrae dal patto commissorio per le osservazioni fatte sopra.

Detto ciò le alienazioni in garanzia sono astrattamente valide, perché è riconosciuto un interesse meritevole di tutela (si vedano gli esempi fatti sopra l'alienazione in garanzia con espressa previsione del patto marciano, il pegno irregolare, i contratti di garanzia finanziaria).

Ma nel nostro caso il bene alienato è un immobile (quindi estraneo alle ipotesi contemplate nell'art 1851 e del d. lgs. 170) e non è stato stipulato un patto marciano. Quindi possiamo chiederci se è elusivo o meno del patto commissorio, o per meglio dire, se in generale ogni sale and lease back su immobili è nullo per violazione del patto commissorio. La giurisprudenza fino agli anni '90 aveva affermato la nullità di tale contratto se non era accompagnato da un patto marciano e quindi aveva formulato una interpretazione restrittiva dell'istituto in questione. Però si è rilevato che non sempre ci sono interessi illeciti, come per esempio un'impresa solida, che voglia acquisire liquidità per investimenti e per ricerche, vende un'immobile che però è strumentale all'impresa stessa.

Detto ciò oggi la giurisprudenza ritiene astrattamente lecito il contratto, che però risulta essere in frode alla legge nel momento in cui c'è un intento fraudolento.

La frode alla legge è disciplinata, come detto sopra, dal c.c. all'art 1344. La giurisprudenza e la dottrina si sono chieste se per applicare tale art si deve dare rilevanza all'elemento soggettivo (cioè l'animus fraudis delle parti che comprende anche la mera consapevolezza all'elusione) e/o all'elemento oggettivo (cioè la prova dell'obiettiva violazione della norma). Tuttora la giurisprudenza richiede entrambi i presupposti per dichiarare l'illiceità della causa e la conseguente nullità, ma nella maggioranza dei casi, si ritiene sufficiente l'elemento oggettivo a causa della progressiva oggettivizzazione del diritto. A ben vedere l'esigenza del legislatore è di togliere gli effetti di un atto illecito, quindi non ha rilevanza l'elemento soggettivo e per tale ragione non deve essere provato.

La giurisprudenza ha formulato degli elementi sintomatici della frode di legge in particolare per il sale and lease back:

1. la difficile situazione economica dell'imprenditore-venditore valutabile attraverso elementi visibili ed obiettivi (es. procedure esecutive a suo carico, protesti, insolvenze conclamate, dichiarazione di fallimento ecc);
2. evidente squilibrio e approfittamento di una parte sull'altra (con riguardo anche al bene in confronto con il debito);
3. la natura del bene oggetto del trasferimento (cioè se il bene non è necessario per l'attività d'impresa è più probabile la funzione di garanzia);
4. durata del rapporto.

Nel nostro caso ricorrono le ipotesi 1 e 2: la traccia ci afferma che il gruppo societario di Alfa è in difficoltà economiche e che Beta per l'acquisto dell'immobile di Alfa, che valeva 5 milioni di euro, ha corrisposto solo 4 milioni. In più la somma dei canoni da restituire è di 5,7 milioni di euro e se riuole il bene deve versare altri 960 mila euro. E' evidente la sproporzione tra le due prestazioni e l'illecito approfittamento di Beta.

Ma nel nostro caso c'è un elemento particolare: Alfa vende a Beta l'immobile che è destinato alla sede di una controllata. Quindi non c'è identità soggettiva tra chi vende e chi beneficia del

finanziamento. Parte della dottrina si è spinta fino ad affermare che in tal caso non c'è violazione del patto commissorio proprio perché manca tale identità. La giurisprudenza però ha ritenuto irrilevante tale elemento e a ben vedere, nel nostro caso, è sempre Alfa che stipula il contratto.

In conclusione Beta potrà chiedere il pagamento delle rate non corrisposte, ma Alfa può opporre l'eccezione illiceità della causa per contratto in frode di legge ex art 1344, con la conseguente nullità dello stesso. Importante ricordare che la nullità è rilevabile anche d'ufficio dallo stesso giudice, senza quindi bisogno di sollevare eccezioni. Se Alfa dovesse beneficiare dell'applicazione dell'art di cui sopra, l'effetto che si produrrebbe sarebbe la restituzione delle rate già versate, per il principio dell'efficacia retroattiva della nullità.

Come ultima riflessione analizziamo l'atteggiamento della giurisprudenza riguardo al negozio in frode alla legge e l'ambito di applicazione dell'art 2744 in casi simili al nostro. La premessa di alcune sentenze sembra volere ampliare l'ambito di applicazione dell'art 2744, ma poi viene applicato l'art 1344. Rimane quindi una certa incoerenza riguardo l'interpretazione dell'art 2744. In dottrina (Bianca) afferma l'applicazione diretta della norma sul patto commissorio a casi simili al nostro, poiché la stessa vieta un risultato, indipendentemente dalla struttura o dal mezzo utilizzato.

A ben vedere comunque la disputa rimane a livello dottrinale in quanto il risultato non cambia, poiché in entrambi i casi il risultato comunque sarebbe la nullità del contratto.

\*\*\*

## Svolgimento n. 2

### *Introduzione*

I contratti che sono intercorsi tra le parti, le società Alfa e Beta, sono una compravendita dell'immobile da Alfa a Beta, e contestuale leasing in quanto Beta concede in godimento lo stesso immobile all'alienante, dietro pagamento di un canone, con facoltà dopo 6 anni di poter acquistare la proprietà a vantaggio di Alfa.

Si tratta di un caso di sale and lease back. Vi è un trasferimento della proprietà dietro corrispettivo di denaro e contestuale diritto di godimento del bene a vantaggio dello stesso venditore, su modello del contratto di leasing.

Questa operazione comporta che il venditore non si priva della disponibilità materiale del bene, è anzi congegnata per evitare una soluzione di continuità nel godimento. Particolare che, a differenza di una normale operazione di leasing, nel caso di lease back abbiamo solitamente due parti invece che tre.

La funzione di questo contratto non può quindi essere quella propria del leasing, cioè ottenere in godimento un bene con possibilità di ottenerne la proprietà, bensì è ottenere liquidità con uno strumento alternativo, cioè la smobilitazione di un bene proprio conseguendo immediatamente liquidità come corrispettivo per la vendita, non privandosi del godimento del bene essenziale nella sua attività di impresa.

La funzione è quindi diversa ma rimane funzione finanziaria. Il sale and lease back ha funzione di finanziamento tramite combinazione di elementi della vendita e del leasing.

### *Natura del contratto*

Probabilmente è operazione unitaria, congegnata in modo tale che la causa della vendita non si riconosce in questo tipo ma vi è funzione finanziaria.

Però potrebbero anche essere, e alcuni lo sostengono, due contratti collegati tra loro con collegamento bilaterale tra i due contratti, per cui se uno fosse nullo sarebbe nullo anche l'altro.

#### *Pretese di Beta*

Potrà agire per il pagamento delle somme non corrisposte, e poi agire per risolvere il contratto, con disciplina o no della locazione.

#### *Possibili eccezioni di Alfa*

La funzione dell'operazione è di finanziamento, quindi è come Alfa vendesse il complesso per ottenere un prestito da Beta, che poi restituisce nel tempo tramite pagamento del canone di locazione e eventuale somma per il riscatto. Se non paga canoni e somma supplementare il bene rimane di proprietà di Beta.

Da questo punto di vista, il fatto che Alfa abbia trasferito la proprietà dell'immobile in cambio del prestito, con la possibilità di riaverlo solo dopo aver pagato molto più del ricevuto tra interessi e riscatto, appare in contrasto con l'art 2744: *Divieto del patto commissorio. E' nullo il patto (1419) col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno (2796 e seguenti).*

#### *Ma il sale and lease back rientra nella categoria del patto commissorio?*

La cosa non è ipotecata né data in pegno. La proprietà non passa in caso di inadempimento su una distinta garanzia reale.

L'effetto traslativo nel 2744 è previsto all'inadempimento, con effetto traslativo sottoposto a condizione sospensiva. Il patto commissorio è un patto a efficacia traslativa eventuale, sospesa all'eventuale inadempimento dell'obbligazione. Nel nostro caso invece il trasferimento è immediato, quindi se guardiamo l'operazione dal punto di vista sostanziale la cosa è trasferita immediatamente, e si potrà riavere solo tramite l'adempimento concordato.

Inoltre nel caso del lease back i canoni compensano sia il godimento che il finanziamento, il compenso per il godimento è tipico dei canoni di leasing.

Questi elementi ci fanno dire che non è un patto commissorio e la funzione che realizza è diversa.

#### *La ratio del divieto di patti commissori*

La ratio del 2744 è quella di evitare la sproporzione tra l'importo dovuto a titolo di debito e il valore del bene che verrebbe incamerato dal creditore in caso di inadempimento, tuttavia non è detto ci sia sempre, è solo eventuale anche se non è possibilità remota perché normalmente sul credito garantito si pretende una garanzia superiore al debito per essere più sicuri di non rimetterci. Il legislatore può aver ritenuto che in questi casi ci potesse essere un concreto rischio di sproporzione.

Però ci sono già strumenti a tutela della parte che stipuli a condizioni inique, l'art 1448 prevede la rescissione per lesione:

*Se vi è sproporzione tra la prestazione (att.166) di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

*L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.*

*La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.*

*Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori (1934, 1970).*

*Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione (761 e seguenti).*



Vi sono però dei presupposti, la lesione deve essere ultra dimidium, lo stato di bisogno, e il profitto altrui. L'applicabilità è quindi limitata, mentre il 2744 non menziona né la sproporzione né alcun presupposto soggettivo.

Lede la *pars condicio creditorum*. Si potrebbe ritenere che la ragione del divieto del patto commissorio sia la tutela degli altri creditori, non del debitore, che si vedrebbero esclusi dalla possibilità di rivalersi su un bene immobiliare del debitore fuori dalle ipotesi tipiche di prelazione. Nel patto commissorio il creditore soddisfa il suo credito al di fuori dalla disciplina delle garanzie e con modalità che danneggiano gli altri creditori.

Però si potrebbe dire che anche qui ci sono altri strumenti che la legge pone a tutela degli altri creditori, sono i mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale generica, cioè l'azione revocatoria e l'azione surrogatoria. Nel caso sarebbe revocatoria, per cui il creditore può impugnare un atto di disposizione dei beni fatto dal debitore al fine di frodare il creditore, ottenendo che l'atto non sarà a lui opponibile. Serve però un atto di disposizione e l'*eventus damni*, quindi il pregiudizio alle ragioni del creditore, la *scientia damni*, quindi la frode del debitore, e il *consilium damni* del contraente se contratto a titolo oneroso.

Anche qui ci sono presupposti specifici, mentre nel 2744 no, e il rimedio del 2744 è più forte di quello previsto dall'azione revocatoria o surrogatoria.

Entrambe le tesi quindi fanno sorgere obiezioni.

Vi è anche una tesi mista, per cui il patto commissorio tutela sia il debitore, che subisce una iniqua sproporzione, e sia tutela gli altri creditori. Ma anche in questo caso, rimangono delle perplessità.

Una quarta posizione, sostenuta da Bianca, sostiene la tesi secondo cui si tratterebbe non di dare tutela al debitore da una specifica ipotesi di abuso, concreta su dati presupposti, ma è una tutela di un interesse generale superiore, di ordine pubblico, che trascende il singolo debitore, e che mira ad evitare un pregiudizio sociale e economico, ossia che si possa affermare nella prassi economica il patto commissorio come clausola di stile, sistematicamente presente nelle operazioni creditizie.

La giurisprudenza ha ormai riconosciuto che il divieto ha più fondamenti, entrambi i detti sopra.

### *Giurisprudenza*

La giurisprudenza è giunta, senza difficoltà, già dagli anni 60, a riconoscere portata più ampia al divieto del 2744.

Innanzitutto, il patto commissorio può essere integrato anche in assenza di una garanzia ipotecaria o pignoratizia. Può quindi esservi anche patto commissorio autonomo, non legato a ipoteca pegno o anticresi (l'art 1963 estende a questa ultima specie). Giustificato ciò dalla ratio del divieto, e dal meccanismo di funzionamento di questo patto, per cui il creditore in caso di inadempimento si appropria del bene del debitore. Questo è indipendente dai diritti che sorgono con ipoteca, pegno o anticresi.

Il caso più frequente è proprio quello in cui non c'è una garanzia patrimoniale tipica, o il creditore si avallerebbe innanzitutto di quella.

L'alienazione poi è subordinata sospensivamente all'inadempimento. La prassi ha escogitato modalità molto simili, ma formalmente distinte, come prevedere non l'automaticità del trasferimento, ma che in caso di inadempimento sorga l'obbligo per il debitore di trasferire il bene al creditore, come una sorta di preliminare ad efficacia ordinatoria, in quanto realizzabile con il meccanismo di esecuzione specifica ai sensi del 2932 (patto commissorio obbligatorio). Anche

questa ipotesi è colpita da nullità, per interpretazione estensiva. Sarebbe inoltre trascrivibile se riguardasse beni immobili, e opposto ai terzi.

Nel nostro caso, il trasferimento non solo non è conseguenza dell'inadempimento, ma esso è immediato, situazione diversa da quella tipica del patto commissorio.

Inoltre, il corrispettivo sarebbe in realtà un prestito, restituibile tramite canone di locazione, comprensivo però anche di interessi e di rimborso per il prestito.

#### *Patto commissorio e alienazioni con funzione di garanzia*

Fino al 1983 la giurisprudenza era unanime nel ritenere esclusa l'applicazione del 2744 all'alienazione con garanzia ad effetto traslativo immediato.

Questo perché escono dalla formulazione letterale del 2744, poi il fatto che il trasferimento sia immediato esclude una pressione indebita sul debitore, che si priva del bene in un momento in cui l'inadempimento non c'è.

Si escludeva anche l'analogia, perché si dice che la norma è di divieto, e in generale queste sono da ritenersi eccezionali.

Dal 1983 in poi, l'orientamento è mutato. La pronuncia della cassazione è del 1983, confermata dopo alterne pronunce dalle sezioni unite nel 1989.

Le sezioni unite hanno detto in realtà anche nel caso di effetto traslativo immediato, deve ritenersi violato lo spirito del 2744, laddove sia dimostrabile che le parti hanno congegnato quel contratto traslativo in modo tale da far dipendere il consolidamento dell'acquisto a favore del creditore dall'inadempimento del debitore. La posizione del debitore, rispetto all'acquisto della proprietà dell'immobile, è il medesimo.

La norma sulla base della quale si fonda la nullità in questa fattispecie non è la 2744, perché la struttura è diversa dal patto commissorio anche se la sostanza è violata, ma la 1344 per negozio in frode alla legge: *Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*. È relativa alla causa del contratto, sezione II libro IV. Si utilizza un negozio in sé lecito per realizzare un risultato vietato da una norma, non direttamente applicabile alla fattispecie, che però intende vietare proprio risultato. Il risultato è analogo alla applicazione analogica del 2744, si applica a un negozio non ricompreso nel 2744 per ritenere illecita la causa, però il 1344 non ha il limite dell'eccezionalità della norma.

Queste pronunce erano state formulate all'ipotesi di vendita con patto di riscatto, ritenuta in violazione del 1344 in combinato disposto al 2744. Il diritto di riscatto può essere esercitato mediante rimborso di prezzo e varie voci al compratore, ma in alcuni casi si può prestare all'esclusione del 2744, in quanto realizza una funzione diversa da quella prevista dall'ordinamento, cioè se risulta che il venditore in realtà non intende cedere il bene definitivamente, ma vuole garantire il prestito. Si dice anche che in realtà quella vendita con patto di riscatto non è una vendita, solo formalmente è fattispecie di vendita con patto di riscatto, ma in realtà la causa non è la vendita, quindi dismettere un bene per il controvalore con eventualità del riscatto, ma un mutuo garantito con un trasferimento di proprietà. La *causa cavendi* non è compatibile con la *causa vendendi* perché l'acquisto a scopo di vendita si presume definitivo mentre è provvisorio a scopo di vendita, e se è per garanzia si deve vedere se elude il divieto del 2744. Non è illecito per motivo illecito però, perché la funzione di garanzia non è un semplice motivo ma rientra nella causa del negozio.

La dottrina aveva elaborato questa teoria nel 1950, proprio col Bianca, divenuta poi giurisprudenza ormai consolidata.

*Tutte le alienazioni in garanzia eludono il divieto di patto commissorio?*

Determinano una alienazione immediata con possibilità per il debitore di riacquistare il bene solo mediante adempimento.

La giurisprudenza non arriva a tanto. Si riconosce che questo orientamento non può comprendere ogni divieto, vi è un margine di applicazione dell'alienazione in garanzia. Nell'ambito della cessione dei crediti a scopo di garanzia poi sono usate e ritenute lecite senza problemi. Vi sono anche ipotesi regolate come la cessione del quinto dello stipendio, molto frequente.

In questo caso però si dice che non è nulla né per il 2744 né in via mediata dal 1344, perché si ritiene che si applichi la disciplina propria del pegno dei crediti del 2803 anche nel silenzio delle parti, per cui in caso di inadempimento *il creditore può ritenere del danaro ricevuto quanto basta per il soddisfacimento delle sue ragioni e restituire il residuo al costituente*. Vi è quindi il limite dell'importo garantito, e questo meccanismo tutela il debitore, e per analogia questo si applica anche alla cessione dei crediti a scopo di garanzia. Evita la pressione indebita sul debitore, e allo stesso tempo non viola la pars condicio creditorum. Vi è una alterazione al sistema normale di tutela del creditore, ma è contenuta e proporzionata quindi accettabile.

*Questo ragionamento vale anche per i beni immobili o beni mobili diversi da crediti?*

Se non fosse così anche nel nostro caso avremmo violazione del divieto di patto commissorio. Uno strumento molto usato in vari paesi sarebbe disapplicato nel nostro ordinamento.

Vi è un riconoscimento ormai consolidato della possibilità che anche una dazione in garanzia possa essere lecita, quando sia assistita da un patto che nella sostanza garantisce che l'alienatario creditore non consegue un profitto ingiustificato e sproporzionato rispetto alla funzione di garanzia di quel trasferimento: è il patto marciano.

Il patto marciano prevede il meccanismo stabilito dalla legge al pegno di crediti ai beni mobili o immobili oggetto di alienazione. Le parti prevedono che il creditore in caso di inadempimento possa si alienare il bene, però solo nei limiti del valore del credito garantito, con l'obbligo di restituire l'eccedenza al debitore.

Per i beni suddetti serve anche la stima del bene, perché per stabilire in quale misura il valore del bene supera il credito garantito occorre una stima effettiva, indipendente dal valore di mercato, stima affidata a un terzo arbitro. In questo modo quanto eccede l'importo deve essere trasferito al debitore.

Il patto marciano è un "patto commissorio valido", perché manca l'elemento a squilibrio della prestazione nei confronti del debitore.

Le alienazioni valide sono a con patto marciano, o lo sono ex lege per applicazione della norma sul pegno dei crediti. Altre fattispecie poi vanno in questa direzione, essendo previste dalla legge come valide:

-Abbiamo innanzitutto il *pegno irregolare* art 1851, che consiste nel pegno avente ad oggetto cose di denaro o altre cose fungibili non individuate con trasferimento non del semplice possesso ma della intera proprietà. È un deposito irregolare a scopo di garanzia in pratica.

*Se, a garanzia di uno o più crediti, sono vincolati depositi di danaro, merci o titoli che non siano stati individuati o per i quali sia stata conferita alla banca la facoltà di disporre, la banca deve restituire solo la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti. L'eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti*

-Una seconda conferma la abbiamo con riguardo ai *contratti di garanzia finanziaria*, regolati dal d.lgs. 170/2004, il quale prevede come contratti di garanzia finanziaria solo contratti di garanzia con oggetto determinate obbligazioni, in genere pecuniarie, dovute a istituti finanziari o bancari. Sono definiti all'art 1 lettera d:

*d) contratto di garanzia finanziaria: il contratto di pegno o il contratto di cessione del credito o di trasferimento della proprietà di attività finanziarie con funzione di garanzia, ivi compreso il contratto di pronti contro termine, e qualsiasi altro contratto di garanzia reale avente ad oggetto attività finanziarie e volto a garantire l'adempimento di obbligazioni finanziarie, allorché le parti contraenti rientrino in una delle seguenti categorie:*

*1) autorità pubbliche, inclusi gli organismi del settore pubblico degli Stati membri incaricati della gestione del debito pubblico o che intervengano in tale gestione o che siano autorizzati a detenere conti dei clienti, con l'esclusione delle imprese assistite da garanzia pubblica;*

*2) banche centrali, la Banca centrale europea, la Banca dei regolamenti internazionali, le banche multilaterali di sviluppo, come definite all'articolo 1, punto 19, della direttiva 2000/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 marzo 2000, il Fondo monetario internazionale e la Banca europea per gli investimenti;*

*3) enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, inclusi:*

*a) enti creditizi, come definiti dall'articolo 1, punto 1, della direttiva 2000/12/CE, inclusi gli enti elencati all'articolo 2, paragrafo 3, della medesima direttiva;*

*b) imprese di investimento, come definite dall'articolo 1, punto 2, della direttiva 93/22/CE del Consiglio, del 10 maggio 1993;*

*c) enti finanziari, come definiti dall'articolo 1, punto 5, della direttiva 2000/12/CE;*

*d) imprese di assicurazione, come definite dall'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/49/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, e dall'articolo 1, lettera a), della direttiva 92/96/CEE del Consiglio, del 10 novembre 1992;*

*e) organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, quali definiti dall'articolo 1, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985;*

*f) società di gestione, quali definite dall'articolo 1-bis, paragrafo 2, della direttiva 85/611/CEE del Consiglio, del 20 dicembre 1985;*

*4) controparti centrali, agenti di regolamento o stanze di compensazione, quali definiti dalla direttiva 98/26/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 maggio 1998, articolo 2, rispettivamente alle lettere c), d) ed e), inclusi enti analoghi che operano sui mercati dei contratti futures, come definiti dall'articolo 1, comma 2, lettera f), del testo unico della finanza, delle opzioni e dei prodotti finanziari derivati non sottoposti a tale direttiva;*

*5) persone diverse dalle persone fisiche, incluse imprese e associazioni prive di personalità giuridica, purché' la controparte sia un ente definito ai numeri da 1) a 4);*

La disciplina riguarda sia le garanzie reali mobiliari, tipiche o atipiche, ma anche i contratti con cui si trasferisce la titolarità del diritto di alienazione in garanzia.

L'art 6 dice: *I contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, hanno effetto in conformità ai termini in essi stabiliti, indipendentemente dalla loro qualificazione.*

*2. Ai contratti di garanzia finanziaria che prevedono il trasferimento della proprietà con funzione di garanzia, compresi i contratti di pronti contro termine, non si applica l'articolo 2744 del codice civile.*

*3. Ai contratti di cessione del credito o di trasferimento della proprietà con funzione di garanzia si applica quanto previsto dall'articolo 5, commi da 2 a 4.*

Questi contratti non incontrano il limite del patto commissario, perché i mercati finanziari sono i primi a temere resistenze dalla norma 2744. Questa disciplina mirava a far girare l'economia dei mercati finanziari, lo ha reso però troppo insicuro e veloce, generando instabilità.

L'art 8 prevede per queste garanzie delle modalità di escussione che prendono a modello il meccanismo del pegno di crediti, rendendo forse superfluo il 6'2. Questo restituire solo la differenza è possibile perché i titoli hanno un valore di mercato facile da individuare sui mercati finanziari rendendo superflua la perizia di terzi.

La norma probabilmente voleva garantire gli operatori finanziari. Recita:

*Le condizioni di realizzo delle attività finanziarie ed i criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite devono essere ragionevoli sotto il profilo commerciale. Detta ragionevolezza si presume nel caso in cui le clausole contrattuali concernenti le condizioni di realizzo, nonché i criteri di valutazione, siano conformi agli schemi contrattuali individuati dalla Banca d'Italia, d'intesa con la CONSOB, in relazione alle clausole di garanzia elaborate nell'ambito della prassi internazionale. 2. La violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie può essere fatta valere in giudizio entro tre mesi dalla comunicazione indicata nell'articolo 4, comma 2, qualora non siano state previamente concordate tra le parti, ai fini della rideterminazione di quanto dovuto ai sensi del medesimo articolo. 3. Gli organi della procedura di liquidazione, entro sei mesi dal momento di apertura della procedura stessa, possono far valere, agli stessi fini indicati nel comma 2, anche la violazione della ragionevolezza sotto il profilo commerciale nella determinazione tra le parti delle condizioni di realizzo delle attività finanziarie, nonché dei criteri di valutazione delle stesse e delle obbligazioni finanziarie garantite, qualora la determinazione sia intervenuta entro l'anno che precede l'apertura della procedura di liquidazione stessa.*

#### *Alienazioni in garanzia e lease back*

Per un certo tempo la giurisprudenza ha detto sì, il lease back è nullo per violazione del patto commissorio se non presenta il patto marciano. È quindi operazione atipica e illecita. Si rilevava però che in realtà non sempre il lease back ha funzione di garanzia commissoria, può avere interessi leciti delle imprese, ad esempio l'impresa che vende è solida e vuole semplicemente acquisire liquidità per compiere investimenti ulteriori impiegando beni immobili di grande valore senza perderne però il godimento. Il rischio della pressione abusiva a danno del debitore c'è solo a determinate condizioni quindi, non può essere una nullità sistematica.

Dalla fine degli anni 90, fino al consolidamento nel 2000, vi è stata una apertura al sale and lease back. Può assumere i connotati di una operazione in frode alla legge quando vi siano elementi di anomalia in concreto, che portino a ritenere quella convenzione come anomala.

L'art 1344 definisce illecita la causa quando *il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*. Il problema è la rilevanza o no dell'intento soggettivo, quindi l'intento fraudolento delle parti di aggirare la norma, o se sia sufficiente l'obbiettivo violazione. La prova della volontà conosce anche una variante, ritenendo sufficiente la consapevolezza da parte dei contraenti che la loro operazione contrattuale elude un divieto di legge.

Per lungo tempo si riteneva la frode necessitasse di elemento oggettivo e di elemento soggettivo. Tuttora nella giurisprudenza vi è la tendenza ad affermare la necessità di entrambi, ma la dottrina fa emergere la rilevanza obbiettiva della frode, in applicazione di una tendenza generale che porta alla oggettivizzazione del contratto e norme che lo disciplinano. La nullità non è infatti sanzione ai contraenti, bensì togliere effetti a pattuizioni contrastanti un divieto. Gli ultimi orientamenti giurisprudenziali evidenziano come ci si accontenti di elementi oggettivi, quindi elementi sintomatici della frode, che fanno presumere una volontà effettiva che non serve sia provata.

Gli elementi sintomatici della frode nel lease back sono:

1) Una situazione economica del venditore al momento del contratto, se vi è particolare situazione di debolezza, conosciuti o conoscibili dalla controparte. Nel nostro caso l'impresa Alfa si trova in

dissesto finanziario, avendo debiti e un bilancio sofferente.

2) Vi deve essere un approfittamento di tale situazione ad opera della controparte, con squilibrio tra le prestazioni. Nel nostro caso il bene valeva 5 milioni, lo si vende a 4, si devono poi pagare 5,760 milioni più 980mila euro per riaverlo, comprensivi di godimento e interessi. Sembra vi sia sproporzione all'origine. In caso di inadempimento sembra esserci la possibilità per la società finanziaria Beta di trattenere un bene di valore elevato a fronte dell'inadempimento.

3) La natura del bene trasferito, se il bene è non necessario o indispensabile per l'esercizio dell'impresa è evidente la funzione finanziaria dell'operazione, se invece il bene è strumentale all'esercizio dell'attività d'impresa allora è più probabile che l'interesse sia lecito, quindi ottenere liquidità e conservare il godimento del bene.

4) La durata del rapporto, se molto breve l'operazione è finalizzata ad ottenere velocemente denaro solitamente.

Nel nostro caso abbiamo poi un elemento particolare. La società Alfa vende il bene a Beta, ma il bene è destinato a sede di una società controllata da Alfa. Il dubbio è derivante dalla non identità soggettiva tra colui che vende il bene e colui che beneficia del godimento di ritorno. Vi è una separazione tra i due aspetti, facendo pensare che non vi sia elusione del patto commissorio in quanto non vi è identità soggettiva.

La giurisprudenza ha però ritenuto irrilevante questo elemento, ha infatti precisato la cassazione, sul patto commissorio in generale, che si deve interpretare in funzione non letterale ma sostanziale, e si può ravvisare il patto commissorio anche in più negozi tra loro collegati, come nel sale and lease back, e persino nella diversa identità dei soggetti richiamati, sempre che le varie operazioni siano collegate.

Poi nel nostro caso Alfa destina il bene a una sua controllata, facendo dubitare che in realtà siano soggetti distinti, essendo il gruppo controllato un insieme con propria identità.

### *Conclusioni*

Beta può chiedere il pagamento delle rate non corrisposte, ma molto probabilmente Alfa potrà porre eccezione di nullità del contratto.

Le rate scadute andranno quindi restituite, in quanto la nullità è retroattiva.

È una nullità rilevabile d'ufficio dal giudice.

### *Considerazioni finali*

La giurisprudenza da un lato parla di negozio in frode alla legge, con riferimento al lease back, ritenendolo violazione indiretta del 1344, ma per altro verso sembra partire dalla premessa di una applicazione estensiva o analogica del divieto di patto commissorio, quando dice si deve applicare in maniera funzionale.

Parte quindi da una premessa per poi applicare una norma che presuppone il contrario.

In dottrina, Bianca dice che non si tratta di frode alla legge, ma si ritiene che il patto commissorio sia direttamente applicabile, e quindi sia solo un problema di interpretazione del 2744, norma che vieta un risultato indipendentemente dal mezzo col quale si realizza.

Rileva poco sul piano sostanziale, perché porta comunque alla nullità.