

Corso on - line intensivo REFERENDARIO TAR 2018 - IV ed.

Lezione C-04

Il contratto: i temi più attuali. Causalità, meritevolezza, patologia e singoli contratti

SOMMARIO

PARTE I – CAUSA E SINDACATO GIUDIZIALE – SEZ. I – LA CAUSALITÀ NEGOZIALE – 1. Il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali – 2. Dalla teoria bettiana della funzione economico-sociale, alla teoria ferriana della funzione economico-individuale – 2.1. La svolta giurisprudenziale – 2.2. Le reazioni della dottrina – 3. La sistematica del contratto nella nuova era causale: a) il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti; b) il negozio in frode alla legge; c) collegamento negoziale; d) la presupposizione – SEZ. II- IL SINDACATO GIUDIZIALE – 1. L'evoluzione del pensiero giuridico in materia di sindacato giudiziale sul contratto – 2. Gli impulsi provenienti dagli ordinamenti sovranazionali. Il sindacato sul testo contrattuale nel settore consumeristico. – 3. La giurisprudenza comunitaria e il potere di "correzione" giudiziale – 4. Si amplia il potere giudiziale: non più limitato a singole fattispecie, ma diviene generale (Corte Cost. 248/2013 e 77/2014, Sezioni Unite 9140/2016) – 4.1. Nel 2017 le Sezioni Unite intervengono sul potere giudiziale di disapplicazione di clausole contrattuali contrarie alla buona fede – 5. Lo squilibrio iniziale delle prestazioni: il contratto è nullo per mancanza di causa? – 6. Lo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni. – 6.1. I rimedi manutentivi: a) obbligo di rinegoziazione; b) potere giudiziale di riduzione ad equità

PARTE II LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO – IL CONTRATTO PRELIMINARE – 1. Il contratto preliminare: nozione – 2. Il preliminare di preliminare – 2.1. *Revirement* giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite – 3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre – 3.1. Proposta azione tesa a ottenere l'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di vendita è possibile mutarla in domanda per l'accertamento dell'intervenuto trasferimento di proprietà? La risposta positiva delle Sezioni Unite (15 giugno 2015, n. 12310) – 3.2. Domanda di esecuzione in forma specifica e potere del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto. I chiarimenti delle Sezioni Unite (16 settembre 2015, n. 18131)

PARTE III - L'INVALIDITÀ – 1. La rilevabilità d'ufficio della nullità: quadro d'insieme – 2. Potere officioso e principio della domanda 2.1. I due contrapposti orientamenti giurisprudenziali – 3. La pronuncia incidentale sulla nullità – 4. Le Sezioni Unite nel 2014 risolvono il contrasto – 5. Sul giudicato implicito la Corte di Giustizia contraddice le Sezioni Unite – 6. La Cassazione allarga le maglie della rilevabilità d'ufficio della nullità anche in caso di domanda di risarcimento del danno – 7. La nullità di protezione. Profili generali. – 7.1. (segue): la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione secondo il pensiero delle Sezioni Unite del 2012 e del 2014 – 7.2 La nullità di protezione nell'ambito della disciplina dei contratti di investimento. – 7.2.1. La sottoscrizione del contratto d'investimento: è necessaria anche quella dell'intermediatore ai fini della validità? La risposta delle Sezioni Unite. 7.2.3. Alle Sezioni Unite la questione dell'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro 8. Rilevabilità d'ufficio della inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* (Sezioni Unite 3 giugno 20115, n. 11377). PARTE IV - I SINGOLI CONTRATTI – 1. La compravendita. – 1.1. L'onere probatorio nell'azione redibitoria. Rimessione alle Sezioni Unite – 1.2. La vendita di immobili non urbanisticamente regolari. Alle Sezioni Unite la commerciabilità di immobili parzialmente difformi dal permesso di costruire. – 2. La locazione – 2.1. Locazione: è nullo il canone, diverso e più alto di quello contenuto nel contratto registrato? La risposta delle Sezioni Unite nella locazione ad uso abitativo... – 2.2. ...e in quelle ad uso non abitativo – 3. Appalto. L'art.1669 c.c. si applica anche in caso di ristrutturazione dell'immobile o solo in caso di nuova costruzione? La risposta delle Sezioni Unite – 4. Mediazione. Le Sezioni Unite nel 2017 si esprimono sull'estensione dell'obbligo di iscrizione all'albo ai procuratori d'affari. – 5. Contratto di assicurazione. Le clausole *claims made* dalle Sezioni Unite del 2016... – 5.1. ... alle prime applicazioni giurisprudenziali del 2017 alla ricerca della meritevolezza degli interessi... – 5.1.1. Le obiezioni della dottrina all'ordinanza di nuova remissione alle Sezioni Unite – 5.2. ... al nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 2018 – 6. Il contratto atipico di finanziamento a scopo previdenziale (Cass. 15 e 29 febbraio 2016, nn. 2900 e 3949) è inefficace e non nullo per immeritevolezza di tutela. – 7. Conclusioni. Fu *'vera (im)meritevolezza'*?

PARTE I – CAUSA E SINDACATO GIUDIZIALE

SEZ. I – LA CAUSALITÀ NEGOZIALE

1. Il principio di causalità delle attribuzioni patrimoniali

Il **nostro ordinamento giuridico**, come visto allorquando nella lezione C2 si è esaminato l'arricchimento senza causa, accoglie il **principio di causalità dei trasferimenti patrimoniali**, che non possono essere effettuati in assenza di una causa che li giustifichi.

Occorre, ora, chiedersi se il principio della necessità della causa sia suscettibile di deroghe e temperamenti.

a) Per ciò che riguarda le **deroghe** al suddetto principio, seppure in materia non vi sia unanimità di vedute, quanto meno su un'ipotesi di astrazione sostanziale assoluta non vi sono dubbi nel pensiero prevalente di dottrina e giurisprudenza: si tratta dei **titoli di credito**. Giova ricordare che l'emissione del titolo deve essere causalmente giustificata, così come il trasferimento dello stesso al primo prenditore. Tuttavia, rispetto ai successivi giratari che siano legittimati in base alla legge di circolazione del titolo, l'assunzione dell'obbligazione presenta, invece, carattere astratto, nel senso che chi ha emesso il titolo è tenuto ad eseguire l'obbligazione cartolare, senza poter far valere le eccezioni inerenti al rapporto fondamentale, ivi compresa l'assenza di causa (art. 1993).

b) **Altra deroga**, secondo alcuni, è costituita dalla **promessa al pubblico**, che integrerebbe un altro esempio di negozio sostanzialmente ed assolutamente astratto. Chi promette, rivolgendosi al pubblico, una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione è vincolato dalla promessa non appena questa è, in qualsiasi forma, resa pubblica. Si sostiene, dunque, che l'art. 1989, c.c., sembra non dare alcun rilievo alla ragione per cui la promessa è effettuata, ritenendo sufficiente la pubblicità della stessa a far sorgere il vincolo giuridico. Tale fattispecie, tuttavia, è discussa. Infatti, altra parte della dottrina reputa, al contrario, necessaria l'esistenza di un interesse (patrimoniale o liberale) del promittente alla situazione o azione cui la promessa è collegata.

c) Un **temperamento** al principio causalistico è riscontrabile, invece, nell'**ammissibilità della c.d. astrazione processuale**, e cioè nell'inversione dell'onere della prova circa l'esistenza della causa del negozio. Basti pensare alla promessa di pagamento ed alla ricognizione di debito ex art. 1988, c.c., le quali dispensano il destinatario dall'onere di provare il rapporto fondamentale, la cui esistenza si presume fino a prova contraria.

d) Sono altresì ravvisabili alcune ipotesi di **astrattezza relativa o di rilevanza ritardata della causa, in cui**, sulla falsariga del sistema teutonico, **l'esistenza di una valida giustificazione causale è necessaria non per la produzione degli effetti del negozio, ma per il mantenimento degli stessi**.

A titolo esemplificativo, si pensi al meccanismo operante nella **delegazione pura o astratta**, ex art. 1271, la quale è configurabile laddove i rapporti di base (rapporti di provvista e di valuta) non vengano espressamente richiamati a fondamento dell'obbligazione assunta dal delegato.

Un altro esempio di astrattezza relativa è costituito dal **contratto autonomo di garanzia**. Tale fattispecie si distingue dalla fideiussione *solve et repete* in quanto è connotata da un'autonomia sostanziale e non solo procedimentale. Il garante, infatti, non può far valere l'assenza di una valida ragione giustificativa alla base del rapporto garantito né per paralizzare la pretesa del creditore, né agendo in ripetizione nei confronti di quest'ultimo; può però esercitare la rivalsa nei confronti del debitore, a sua volta legittimato alla ripetizione di indebito. Tale posizione è stata ulteriormente avallata dalla pronuncia a Sezioni Unite 18 ottobre 2010, n. 3947.

Dunque, nei casi di astrattezza relativa o rilevanza ritardata della causa, il negozio, nonostante sia privo di una ragione che lo giustifichi, è produttivo di effetti, i quali sono, però, successivamente neutralizzabili in sede di ripetizione di indebito.

e) Infine, sono spesso impropriamente annoverati tra i temperamenti al principio della causalità negoziale ammessi dall'ordinamento, i **negozi a causa variabile**. Si tratta di schemi contrattuali o negoziali incompleti, suscettibili di assumere una diversa fisionomia, a seconda degli interessi in concreto perseguiti dalle parti. **Si pensi a titolo esemplificativo alla cessione del credito, alla delegazione, all'accollo, all'espromissione, alla novazione, alla cessione del contratto, alla clausola ex art. 1411, c.c., ed al negozio unilaterale**

ex art. 1333, c.c.

È evidente che, intendendo la causa come funzione economico-sociale del contratto, tali negozi presenterebbero la particolarità di non avere alla base una causa fissa, predeterminata dal legislatore, e sarebbero, dunque, qualificabili come astratti.

Viceversa, accogliendo una nozione di causa quale ragione concreta dell'operazione negoziale, la variabilità della causa cessa di essere un'anomalia, divenendo la regola. In quest'ottica, infatti, tutti i contratti, ivi compresi quelli tipici, hanno una causa variabile, coincidente con il concreto e dinamico assetto di interessi, di volta in volta, programmato dalle parti.

A tal fine, è opportuno dunque soffermarsi sulla nozione di causa del contratto, così come di recente elaborata dalla Corte di Cassazione.

2. Dalla teoria bettiana della funzione economico-sociale, alla teoria ferriana della funzione economico-individuale

È ben noto come, per oltre sessant'anni, la dottrina prevalente abbia accolto la nozione di causa quale obiettiva funzione economico-sociale del contratto, ossia quale **sintesi dei suoi effetti essenziali**. Questa è la definizione di causa (risalente ad EMILIO BETTI) sottesa, seppur non esplicitata, al Codice civile del 1942.

Il legislatore dell'epoca, infatti, ha identificato la causa proprio con la **funzione oggettiva ed astratta del contratto**, cioè con la ragione per cui l'ordinamento riconosce rilevanza giuridica allo stesso, relegando nell'area del giuridicamente irrilevante i motivi individuali che spingono le parti a concludere il contratto (ovviamente salvo che le parti stesse non elevino i motivi a condizione del contratto, e sempre che non ricorra l'ipotesi di cui all'art. 1345 c.c.).

È, poi, riconosciuta la possibilità di stipulare contratti non appartenenti "ai tipi aventi una disciplina particolare" ex art. 1322, co. 2, c.c., purché gli schemi nuovi e originali predisposti liberamente dalle parti siano funzionali al perseguimento di interessi che presentino una certa utilità sociale. Anche il contratto atipico deve cioè perseguire una funzione sociale utile, ossia assimilabile a quelle legislativamente tipizzate; e tanto in un'ottica schiettamente dirigistica che si ispira ad un controllo pubblico forte sulla libertà negoziale privata, quasi trasformando i contratti in atti amministrativi ed i contraenti in funzionari pubblici.

Da tale impostazione quindi deriva, da un lato, una **forte limitazione all'autonomia negoziale** delle parti e, dall'altro lato, che la ragione dell'operazione viene scrutata **solo per risolvere il problema della qualificazione**.

D'altro canto, la **teoria bettiana**, seppur largamente prevalente in giurisprudenza (fino a qualche anno fa), si è nel tempo **esposta ad una serie** di condivisibili **obiezioni**.

Innanzitutto, alla teoria della causa quale funzione astratta del contratto è sottesa l'**ideologia dirigista** che pervadeva i rapporti tra Stato ed economia nel periodo storico in cui è stato emanato il Codice civile vigente. È, quindi, evidente che, con l'avvento della Costituzione, la concezione della causa quale strumento per imporre all'autonomia negoziale il perseguimento di interessi sovraindividuali è divenuta manifestamente incompatibile con la libertà di iniziativa economica privata, le cui esplicazioni sono tutelate dall'ordinamento purché non siano socialmente dannose.

In secondo luogo, **tale orientamento** ingenera una **sovrapposizione tra causa e tipo**, concetti che è, invece bene tenere distinti. Considerato, infatti, che il tipo contrattuale indica la struttura e gli effetti di un'operazione economica, e cioè l'astratto schema della stessa, il rischio di confusione può essere superato solo accogliendo una nozione di causa quale concreta composizione di interessi contrapposti piuttosto che come sintesi degli effetti dall'assetto contrattuale partoriti.

In terzo luogo, ponendosi nell'ottica della teoria della causa quale funzione economico-sociale, **non sarebbe configurabile un contratto tipico con causa illecita**. Essendo, infatti, la causa predeterminata in astratto dal legislatore in modo uguale per tutti i contratti appartenenti al tipo, il contratto tipico, come tale assistito da una causa scelta dal legislatore per esso, non può essere, al tempo stesso, *contra legem*. Si è, infatti, rimarcato che un'eventuale incompatibilità tra ragione concreta alla base dell'operazione negoziale e causa astratta viene risolta sul piano qualificatorio, e non certo sul piano della nullità per illiceità della causa.

Infine, si impone una ricostruzione unitaria della nozione di causa, essendo inammissibile concepire la stessa in un certo modo per i contratti tipici, e in un altro per quelli atipici. Con riferimento a questi ultimi, infatti, la causa non può che essere intesa come la ragione pratica

dell'affare, concretamente voluta dalle parti.

Va comunque rilevato che la giurisprudenza, soprattutto in tempi più recenti, non si era mai spinta ad un'applicazione rigida della teoria della funzione economico-sociale. Al contrario, nel corso degli anni il richiamo a tale impostazione si era ridotto ad una mera formula declamatoria, alla quale seguiva nel corpo della motivazione una vera e propria indagine sulla concreta operazione economica.

In dottrina, a favore di una lettura in chiave pratica della funzione del contratto si era richiamato anche **l'indice normativo di cui all'art.1362** che individua **la comune intenzione dei contraenti** un criterio per il giudice nell'interpretazione del contratto. Orbene se l'interprete – si rileva (V. CARBONE) – deve indagare la comune intenzione delle parti, ed in particolare che cosa realmente le parti hanno effettivamente voluto, deve **necessariamente accertare qual è lo scopo perseguito** e quindi qual è l'interesse che il contratto è diretto a realizzare.

2.1. La svolta giurisprudenziale

In tale contesto, dunque, si colloca la recente apertura della **Corte di Cassazione**, che aderendo alle tesi svolte da Ferri nel 1968, approda alla **teoria della causa concreta o quale funzione economico-individuale del contratto**, attuata con la sentenza **8 maggio 2006, n. 10490**. Per la Cassazione, è stata l'occasione per porre in essere una diretta e consapevole rivisitazione della concezione tradizionale, che, in qualche modo, già aleggiava.

Nella specie, la Suprema Corte è giunta ad affermare la nullità di un contratto per difetto di **causa in concreto**. In particolare, trattavasi di un contratto di consulenza, stipulato da una società e il suo amministratore, ritenuto privo di una ragione pratica che lo giustificasse, in quanto diretto ad assicurare prestazioni già dovute dal secondo in adempimento dei propri doveri di amministratore e a tale titolo integralmente remunerate. Per la prima volta la Cassazione definisce *expressis verbis* la causa come **"sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare"**.

Si osservi che la concezione accolta è, comunque, **di stampo oggettivistico**, come la stessa Corte ha avuto cura di sottolineare riferendo il concetto di "sintesi" alla "dinamica contrattuale" e "non anche alla volontà delle parti". **La causa non si ricollega più al tipo, ma allo specifico assetto di interessi delineato dalle parti nel contratto**, conservando comunque una dimensione oggettivo-funzionale.

Ciò implica che è, dunque, tuttora **netta la distinzione tra causa e motivi**. La prima è, come si è più volte detto in questa sede, la specifica e concreta ragione dell'operazione, ossia l'elemento funzionale del contratto nella sua dimensione complessiva ed oggettiva; i motivi, invece, sono gli interessi individuali che spingono il singolo contraente a concludere il contratto, ma che non rientrano nel contenuto di quest'ultimo; sono quindi le ragioni soggettive perseguite dai contraenti, non la funzione oggettiva perseguita dal contratto.

Ciò detto sul piano teorico, occorre, però, dar conto delle **difficoltà pratiche** che spesso possono essere incontrate dall'interprete, dovendosi valutare – problema che con la teoria della funzione astratta non si poneva neanche – **quando gli scopi individuali del contraente**, entrando nel programma contrattuale in via espressa o implicita, **si elevino dalla dimensione psico-interiore per assurgere a ragione oggettiva del contratto**; ossia assurgano da moventi dei pascenti a funzione del contratto (vedi anche il connesso tema della presupposizione, di cui a breve si dirà).

Nulla quaestio laddove i fini soggettivi perseguiti dalle parti emergano espressamente dal regolamento contrattuale, essendosi in esso trasfusi ed obiettivati, ed assurgendo, pertanto, a scopo funzionale del contratto.

I problemi sorgono in mancanza di una menzione esplicita. Fermo restando che ovviamente non va data rilevanza all'inespresso, e cioè a quei profili che non risultino neanche tacitamente dal contratto, l'interprete dovrà verificare se l'interesse individuale che la parte intende soddisfare abbia condizionato le clausole economiche del contratto. Un'eventuale ripercussione sul *quantum* del corrispettivo è, infatti, da intendersi sintomatica dell'elevazione dello scopo soggettivo-individuale a causa dell'operazione.

Va riferito che la pronuncia del maggio 2006 ha inaugurato un **nuovo corso giurisprudenziale**.

Da ultimo, a conferma che la **causa concreta** costituisce un saldo **principio del diritto vivente**, si richiamano due decisioni delle **Sezioni Unite** della Cassazione.

In una prima sentenza (6 marzo 2015, n. 4628, di cui si dirà *infra*), la Suprema Corte, chiamata a comporre un contrasto giurisprudenziale in tema di **validità di un preliminare di preliminare**, ha chiarito che la **causa quale elemento essenziale del contratto non deve essere intesa come mera ed astratta funzione economico sociale** del negozio bensì come **sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a realizzare**, e cioè come funzione individuale del singolo, specifico contratto, a prescindere dal singolo stereotipo contrattuale astratto, fermo restando che detta sintesi deve riguardare la dinamica contrattuale e non la mera volontà delle parti. Pertanto, **la verifica della sussistenza o meno di un accordo preliminare o di una mera puntazione** tra le parti va effettuata, – secondo la decisione del marzo 2015 – in particolare, con specifico riferimento alla causa delle pattuizioni e, quindi, **verificando la sintesi degli interessi delle parti stesse**. In altra decisione (17 settembre 2015, n. 18213, di cui si dirà *amplius* più avanti) ha sancito, con riferimento ad **contratto di locazione ad uso abitativo** in cui le parti si erano accordate per un **canone di locazione superiore a quello indicato nel contratto registrato**, la **nullità dell'accordo simulatorio** relativo al prezzo, in quanto il suo **scopo** pratico era indiscutibilmente quello dell'**occultamento al fisco della differenza tra la somma indicata nel contratto registrato e quella effettivamente percepita** dal locatore.

2.2. Le reazioni della dottrina

In dottrina, tuttavia, di recente non sono mancate critiche che hanno investito sistematicamente tutta la giurisprudenza, denunciando il fallimento del principio della causa concreta. Le **sentenze** in cui è presente il riferimento al **principio della causa concreta** ne avrebbero fatto, si è detto, **un'applicazione erronea** (ROPPO) o, secondo un altro filone critico, **superflua** (GIROLAMI).

Orbene secondo il **primo filone critico** le sentenze che hanno adottato il principio della causa concreta sarebbero erronee in quanto a) avrebbero adottato una decisione possibilmente giusta mentre avrebbero dovuto applicare un altro principio o motivare diversamente la decisione, oppure b) hanno applicato il principio della causa concreta per adottare una soluzione sbagliata.

Un altro interprete (GALATI) obietta più in generale come tale **teoria sia il frutto di una confusione**, metodologicamente e sostanzialmente erronea, **tra l'elemento oggettivo del negozio giuridico tipico** (che ne esprime la funzione, così come individuata dal legislatore) e **l'elemento soggettivo di esso**, da intendersi **quale intento** empirico o pratico dei contraenti. Sembra potersi cogliere, ad avviso di questa linea di pensiero, un'esorbitante ed **eccessiva sopravvalutazione dei motivi** che hanno spinto le parti a contrarre.

In tal modo, peraltro, la teoria della causa in concreto determina di fatto una **sostanziale abrogazione delle norme di cui agli art. 1344 e 1345 c.c.** relative rispettivamente al contratto in frode alla legge ed al motivo illecito, unico e determinante il consenso. Ed infatti, "se ogni motivo illecito, se ogni aggiramento di disposizione normativa di matrice imperativa per il tramite di un'attività negoziale (singola o frutto di un collegamento fra più contratti) finisce per riverberarsi sull'elemento causale, allora gli articoli 1344 e 1345 esaurirebbero del tutto le loro potenzialità applicative" (GALATI).

Altro pensiero (BIANCA) **favorevole alla causa concreta** replica, tuttavia, come la stessa, invece, sia **utilissima per porre nel nulla operazioni negoziali** che, **'indossando' una causa tipica**, mirano a **realizzare risultati vietati dalla legge**.

Un esempio significativo dell'importanza della causa concreta nell'accertamento della illiceità del contratto – ricorda l'autore a sostegno delle proprie considerazioni – è stato offerto dalla giurisprudenza con riguardo alla sopra segnalata figura della **vendita a scopo di garanzia**. La ricorrenza dello schema tipico della vendita aveva indotto in passato a reputare lecito il contratto a prescindere dalla finalità della garanzia. Una svolta decisiva si è avuta quando la giurisprudenza ha identificato nello scopo di garanzia la causa concreta di un'operazione volta a realizzare il risultato del patto commissorio. In modo analogo, nel caso esaminato da una delle segnalate sentenze il **contratto di locazione** è stato dichiarato nullo per **contrarietà alla normativa edilizia**. I giudici hanno potuto accertare la nullità del contratto proprio accertando che lo scopo perseguito dalle parti attraverso la prevista utilizzazione dell'immobile era incompatibile col regime urbanistico della zona.

L'autorevole dottrina, inoltre, rileva che **l'identificazione della causa concreta nell'interesse che il contratto è diretto a realizzare** rende **improponibile la tesi** che vorrebbe **cancellarla**. La causa non può essere cancellata in quanto è sempre riscontrabile un interesse

alla cui realizzazione il contratto è finalizzato.

3. La sistematica del contratto nella nuova era causale: a) il controllo sulla meritevolezza degli interessi perseguiti; b) il negozio in frode alla legge; c) collegamento negoziale; d) la presupposizione

A questo punto si può quindi tentare di esaminare, pur se senza alcuna pretesa di esaustività, gli effetti che la svolta causale ha determinato nella sistematica codicistica.

La concezione di causa accolta dalla giurisprudenza di legittimità incide, innanzitutto sull'ambito di applicazione del giudizio di meritevolezza ex art. 1322, co. 2, c.c. Più in generale, si può affermare che la nuova nozione di causa **è potenzialmente idonea a determinare un significativo ampliamento del sindacato del giudice**, chiamato ad interpretare il testo contrattuale (quest'ultimo punto sarà esaminato *funditus* nella seconda parte della lezione). Infatti, una volta identificata la causa con lo scopo in concreto perseguito dalle parti, è evidente che **il controllo sulla "meritevolezza", letteralmente riferito ai soli contratti atipici, dovrà essere svolto in modo identico anche per i contratti nominati**, posto che anche per questi la causa non è fissata dalla legge ma va indagata in concreto in base agli interessi perseguiti. In altri termini, una volta acquisito che anche i negozi tipici presentano una causa concreta variabile, è chiaro **che il giudice sottopone negozi tipici ed atipici ad un medesimo controllo causale**, senza che sia possibile affermare a priori che i primi offrono maggiori garanzie.

Aderendo alla tesi della causa quale funzione economico-individuale del contratto **viene meno**, altresì, **l'utilità pratica dell'istituto della frode alla legge** ex art. 1344, c.c.

Nel contesto storico-ideologico in cui è stato emanato il Codice civile del 1942, che, come si è avuto modo di vedere, recepisce una nozione di causa coincidente con la funzione astratta che il legislatore riconnette a ciascun tipo contrattuale, non era concettualmente ipotizzabile un contratto tipico avente causa direttamente illecita. In virtù del giudizio di equivalenza ex art. 1344, c.c., la causa veniva, però, reputata illecita laddove fosse *contra legem* la funzione concretamente svolta dal contratto. Dunque, un contratto tipico poteva essere dichiarato nullo qualora le parti lo avessero utilizzato come strumento per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

È evidente che, alla luce della nuova impostazione inaugurata dalla pronuncia n. 10490 del 2006, la **causa intesa come ragione concreta** dell'operazione economica è già di per sé **idonea a riassumere il giudizio di liceità funzionale**. In altri termini, anche i contratti tipici possono avere una causa concreta direttamente illecita, ed in tal caso la nullità degli stessi potrà essere dichiarata ex art. 1343, c.c.

Anche **la figura del collegamento negoziale** evidenzia plasticamente come la **teoria della causa in concreto**, in base alla quale occorre valutare lo specifico e concreto risultato perseguito dalle parti, **consenta all'autonomia privata di esplicitarsi nel modo più pieno**: il fenomeno in parola risponde, infatti, all'esigenza della autonomia privata di perseguire **obbiettivi che trascendono la funzione di un singolo contratto e che possono essere raggiunti solo mediante il loro collegamento negoziale**, la cui esistenza si stabilisce sulla base non di criteri formali, come ad es. la pluralità di documenti contrattuali, bensì di **criteri sostanziali** ovvero dall'**unità o pluralità di cause** cui è preordinata l'operazione economica. È evidente, quindi, che in tale ottica la causa diviene il punto di congiunzione tra le finalità soggettive delle parti ed il regolamento contrattuale ovvero rappresenta il congegno tecnico attraverso il quale si collega l'operazione economica ai suoi autori.

Sotto il profilo strutturale, il collegamento negoziale determina l'accostamento alla causa tipica di un ulteriore profilo causale, il quale non può esistere autonomamente ma serve a convogliare la realizzazione della fattispecie contrattuale verso il soddisfacimento del reale intento perseguito dalle parti. È questa un'espressione applicativa della teoria della causa in concreto che si innesta nel regolamento contrattuale per orientarne l'esecuzione e la disciplina. In sostanza, lo schema tipico normativamente previsto evidenzia la funzione che contrassegna tutti i contratti che lo ripropongono, mentre l'utilizzo in concreto di quel modello ne arricchisce e specifica il contenuto e la funzione. La nozione di causa in concreto tende proprio ad esplicitare che la verifica sulla causa va fatta in modo aderente alla singola fattispecie, in modo da ricostruire e vagliare l'utilità e la liceità dell'intero assetti di interessi – il c.d. programma economico – ricostruibile attraverso l'accordo raggiunto.

Con riferimento alla **presupposizione**, infine, deve riferirsi di un **paio di pronunce successive all'avvento della causa in concreto** in seno alla giurisprudenza che pervengono a **conclusioni contrapposte**.

Una prima decisione, infatti, ha elaborato un **concetto misto dell'istituto**, che è a metà strada **tra la condizione e la causa**, anche alla luce della nuova nozione di causa in concreto. In particolare, la S.C. (Cass., Sez. III, 24.3.2006, n. 6631) non ha esitato a configurare la presupposizione come figura giuridica che per certi versi si avvicina ad una particolare forma di "condizione", da considerarsi implicita, e per altri versi alla stessa "causa" del contratto, intesa come funzione tipica e concreta che questo è destinato a realizzare. Sotto il profilo disciplinatorio ha, però, invocato l'applicabilità dell'art. 1467, c.c., il quale presenta l'evidente pregio di consentire, in alternativa alla risoluzione, l'offerta di riconduzione ad equità, tutelando comunque, i terzi (attraverso il richiamo all'art. 1458, c.c., che esclude la retroattività nei loro confronti della pronuncia risolutoria) in caso di caducazione del contratto.

In senso opposto, invece, si colloca un'altra pronuncia sempre della terza sezione (Cass., Sez. III 25.5.2007 n. 12235), che ha inquadrato l'istituto in modo differente, svolgendo alcune considerazioni che appaiono condivisibili.

In particolare, **la presupposizione viene qualificata come una circostanza esterna al contratto**, che pur se non specificamente dedotta come condizione, ne costituisce specifico ed oggettivo **presupposto di efficacia**, in base al significato proprio del medesimo, determinato alla stregua dei criteri legali di interpretazione. Viene disattesa, quindi, sia la tradizionale configurazione in termini di c.d. condizione non sviluppata o inespressa, sia l'impostazione sostenuta nel 2006, che prospettava, come si è visto, la riconducibilità della presupposizione alla stessa causa concreta del contratto. Nella presupposizione confluiscono, dunque, circostanze e fatti, che pur non attenendo né alla causa né al contenuto della prestazione (ovverosia ai c.d. risultati dovuti), assumono per entrambe le parti (o anche per una sola di esse con riconoscimento da parte dell'altra) un valore determinante per il mantenimento del vincolo contrattuale.

Muovendo da tali premesse la Corte giunge ad affermare che il **difetto di tali presupposti** (al pari della originaria inesistenza oppure impossibilità a verificarsi) **legittima i contraenti all'esercizio del diritto di recesso**. A ben vedere, si tratta di una conclusione coerente. Acclarato che alla presupposizione può riconoscersi autonomo rilievo di categoria unificante solo riconducendo ad essa circostanze esterne al contratto, assunte dalle parti quali presupposti di efficacia del medesimo, l'esperibilità dei rimedi risolutivi deve, infatti, essere esclusa, essendo questi ultimi strettamente correlati al verificarsi di vicende inerenti alle prestazioni contrattuali (inadempimento, impossibilità sopravvenuta o eccessiva onerosità).

Sul tema ritorneremo alla fine della presente lezione, in cui si darà conto delle applicazioni giurisprudenziali della nozione di causa in concreto e del giudizio di meritevolezza sui singoli contratti, tipici e atipici.

pro

SEZ. II- IL SINDACATO GIUDIZIALE

1. L'evoluzione del pensiero giuridico in materia di sindacato giudiziale sul contratto

Negli ultimi anni si è sempre più frequentemente imposta all'attenzione della dottrina la questione se i privati siano liberi, in fase di formazione del contratto, di pervenire alla determinazione di assetti di interessi squilibrati o, se, all'opposto, sia immanente al nostro ordinamento giuridico un principio generale di congruità dello scambio, che si pone come limite all'esplicazione dell'autonomia negoziale.

In materia di sindacabilità giurisdizionale del contratto, si è assistito ad una lenta evoluzione del pensiero giuridico.

Sotto il vigore del **Codice civile del 1865**, il principio (di matrice liberale) della signoria della volontà impediva di riconoscere al giudice un potere di controllo sull'equivalenza delle prestazioni, essendo ogni determinazione sulla congruità dello scambio, rimessa all'autonomia delle parti.

Il **legislatore del 1942**, rispolverando l'imperativo tomistico e l'etica cristiana dell'equità pattizia, dà invece **qualche limitato rilievo allo squilibrio contrattuale**, dando la stura ad alcuni strumenti di tutela azionabili in presenza di determinate situazioni. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla rescissione del contratto concluso in stato di pericolo (art. 1447, c.c.) ed

alla rescissione per lesione *ultra dimidium* del contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno (art. 1448, c.c.).

In presenza dei presupposti legislativi previsti per l'operatività delle succitate norme, **al giudice** viene riconosciuto il potere di **sindacare** la **congruità** dello **scambio contrattuale**, ed eventualmente di intervenire sull'assetto negoziale, evitando la rescissione del contratto, attraverso la riconduzione ad equità dello stesso.

Tradizionalmente, si riteneva che l'introduzione nell'impianto codicistico di simili prescrizioni muovesse dall'assunto dell'inesistenza nel nostro ordinamento di un generale principio di **sindacabilità dell'autonomia negoziale** in presenza di iniquità delle condizioni o di sproporzione tra le prestazioni.

Di conseguenza, l'ammissibilità dell'intervento giudiziale veniva circoscritta alle ipotesi di carattere **eccezionale**, tassativamente previste dal legislatore.

Più di recente, tuttavia, si stanno verificando nel nostro ordinamento sempre maggiori aperture verso il superamento del dogma dell'insindacabilità dell'autonomia negoziale. Alcune di tali aperture sono state determinate da impulsi provenienti in tal senso a livello sovranazionale e, in particolare, dalla necessità di adeguamento alle direttive comunitarie (si pensi al settore consumeristico). Al riguardo, vi è chi sottolinea come tali aperture siano ancora per molti aspetti limitate e condizionate. In effetti, come a breve si vedrà, esse si fondano comunque sul presupposto che solo laddove il procedimento di formazione del contratto sia inficiato da anomalie connesse alla posizione di debolezza di una delle parti, il sindacato giudiziale, sotto l'influsso comunitario, può essere ammesso in via generalizzata, essendo **riconosciuto al giudice un potere di controllo sulla procedural justice**. In altri termini, la deroga al fondamentale principio della libertà contrattuale troverebbe la propria ragione giustificatrice in materia consumeristica, così come in altre materie caratterizzate da rapporti di forza fondati sul diverso status soggettivo dei paciscenti, nell'interesse pubblicistico di tutelare chi non è in grado di adeguatamente difendersi nel momento genetico della formazione della disciplina dell'assetto contrattuale. Al contrario, laddove il regolamento pattizio sia il frutto della libera esplicazione dell'autonomia negoziale, esso resta comunque intangibile da parte dell'autorità giudiziaria. **Non sarebbe** cioè **sindacabile – salve eccezionali ipotesi – l'iniquità in sé del contratto, ossia la c.d. substantive justice**. L'assunto di partenza, infatti, è che soltanto le parti, in assenza di condizionamenti della volontà, sono competenti a valutare la convenienza dell'assetto di interessi delineato dal contratto. Dunque, è stato affermato che non vi sarebbe ancora spazio, nel nostro ordinamento, per alcun controllo eteronomo sull'autonomia negoziale laddove il contratto sia stato effettivamente voluto e cioè sia frutto di un consenso prestato liberamente e consapevolmente.

Va tuttavia notato come, oltre agli influssi derivanti dal diritto comunitario, **nel nostro ordinamento** si stanno registrando **ulteriori aperture verso il superamento del dogma dell'intangibilità dell'autonomia negoziale**. Esse sembrano essere frutto di una progressiva e più consapevole evoluzione del nostro sistema giuridico, ove sempre più spesso gli istituti civilistici in materia di contratto vengono riletti e rivisitati alla luce di alcuni fondamentali principi costituzionali, quali quelli di uguaglianza in senso sostanziale e di solidarietà sociale (artt. 3 comma 2 e 2 Cost.), in base ai quali i giudici tendono a compiere un più incisivo controllo sull'equilibrio del testo contrattuale. È quanto ad esempio accade attraverso un sempre maggiore utilizzo, da parte della giurisprudenza, dell'istituto del c.d. abuso del diritto.

2. Gli impulsi provenienti dagli ordinamenti sovranazionali. Il sindacato sul testo contrattuale nel settore consumeristico.

Come si accennava, una prima importante **apertura verso un controllo giudiziale** sul contratto è derivata proprio **dagli ordinamenti sovranazionali**.

Anzitutto, una chiara scelta a favore della generalizzata ammissibilità del sindacato sul contratto si ricava dai **Principi della Commissione Lando sul diritto europeo dei contratti** e dai **Principi della Convenzione Unidroit**. Ovviamente, non avendo carattere vincolante, essi trovano applicazione solo ove richiamati dalle parti come legge regolatrice del contratto. Ciononostante, dal punto di vista teorico offrono spunti significativi, in quanto rispecchiano usi e prassi ricorrenti nel commercio comunitario ed internazionale. È, dunque, interessante segnalare che **tali principi ammettono il sindacato giudiziale sullo**

squilibrio tra le prestazioni solo in quanto frutto di alterazioni del procedimento di formazione del contratto, dando rilievo all'approfittamento di un'altrui debolezza economica, oppure dell'altrui imperizia, ignoranza, inesperienza o inabilità a trattare.

Inoltre, pure il **Progetto preliminare di Codice europeo dei contratti**, elaborato dall'Accademia dei giuristi europei di Pavia, coordinato da Giuseppe Gandolfi, **richiama il dovere di buona fede** in vari articoli e, in particolare, all'art. 157 prevede che il giudice possa modificare o risolvere il contratto qualora una parte si sia sottratta alla rinegoziazione in presenza di avvenimenti straordinari e imprevedibili. A tanto deve aggiungersi che nei codici algerino, egiziano e russo è da tempo presente la disciplina dell'*hardship* (i.e.: la clausola con la quale le parti possono richiedere la ristrutturazione del contratto nel caso in cui sia intervenuto un cambiamento dei dati iniziali – sulla base dei quali si erano obbligate – che modifica l'equilibrio del contratto stesso, al punto da far subire, ad una di esse, un ingiusto rigore) e che negli ordinamenti cinese e giapponese si dà particolare risalto alle clausole generali come quella di buona fede.

Si consideri, poi, che nella **Carta di Nizza** – il cui carattere vincolante per gli Stati membri è stato di recente consacrato dal Trattato di Lisbona – vi è una **specifico norma** espressamente **dedicata al divieto di abuso del diritto**, norma che ricalca quanto previsto dalla CEDU.

In ogni caso, molto più significativo per il nostro ordinamento è senza dubbio stato **l'influsso del diritto comunitario**, che, nel campo consumeristico, ha comportato l'obbligo per gli Stati membri di conformarsi a nuove prescrizioni volte a garantire un maggiore controllo sull'equilibrio del contratto, in ragione della diversa forza economica e contrattuale delle parti e, quindi, del loro differente *status* soggettivo.

In tale contesto, l'esigenza di tutelare il consumatore, considerato contraente debole *tout court*, ha fatto sì che nel nostro ordinamento si iniziasse ad ammettere un controllo del legislatore (a monte) e conseguentemente del giudice (a valle) sul contenuto stesso del contratto, con una evidente forte deroga al principio della libertà contrattuale e dell'insindacabilità dell'autonomia negoziale. Sul punto, basti ricordare i più recenti interventi legislativi nel settore consumeristico, i quali hanno inevitabilmente ampliato il sindacato del giudice, chiamato di volta in volta a verificare se il testo contrattuale – di solito non frutto di negoziazione, ma imposto dal professionista – rispetti le nuove stringenti disposizioni legislative al riguardo.

In particolare, l'**art. 33, co. 1, del Codice del Consumo**, stabilendo che nei contratti stipulati tra consumatore e professionista, *"si considerano vessatorie le clausole che, malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"*, contiene un chiaro riferimento al sindacato sullo squilibrio normativo. Una qualche rilevanza – seppur residua – viene addirittura attribuita anche all'equilibrio economico del contratto. Dall'art. 34, co. 2, si desume, infatti, che ai fini del giudizio di vessatorietà può assumere rilevanza la convenienza economica dell'affare, laddove il corrispettivo sia stato individuato in modo non chiaro o non comprensibile.

Un'altra norma che merita di essere richiamata è l'**art. 2, co. 2, lett. e) del Codice del consumo** (che riproduce il precedente art. 1, co. 2, lett. e, legge n. 281/1998), il quale statuisce che ai consumatori è riconosciuto il diritto fondamentale *"alla correttezza, alla trasparenza ed all'equità nei rapporti contrattuali"*.

Si consideri, inoltre, la l. n. 192/1998 (art. 9) e il d.lgs. n. 231/2002 (art. 7), in cui la situazione di debolezza viene riferita ad un soggetto qualificabile come professionista e dove viene prevista la sanzione della nullità per i patti che integrino abuso di dipendenza economica ovvero per le clausole inique nelle transazioni commerciali. Peraltro, merita di essere segnalato che proprio con riferimento ai **contratti stipulati dal professionista debole**, la dottrina ha, di recente, proposto la formulazione di **"terzo contratto"**, per indicare una tipologia di contratti ulteriore rispetto al contratto di diritto comune ed ai contratti del consumatore. È immaginabile, dunque, che anche tale ambito conferirà nuovi spazi – nei termini suddetti – al controllo giudiziale del testo contrattuale.

Tanto premesso sotto il profilo normativo, va segnalato che anche la **giurisprudenza comunitaria** si è più volte espressamente pronunciata su un particolare aspetto del sindacato giudiziale sul contratto, riconoscendo la **sussistenza in capo ai giudici nazionali di un potere-dovere di rilevazione d'ufficio in ipotesi di nullità di protezione**, nonché in relazione alle particolari modalità di esercizio di tale potere.

3. La giurisprudenza comunitaria e il potere di "correzione" giudiziale

Attenta dottrina (D'ADDA) ha rilevato che se è vero che la direttiva, e le legislazioni nazionali di recepimento (da noi oggi l'art. 36 cod. cons.), hanno previsto un congegno di nullità parziale necessaria che – in deroga alla disciplina comune della nullità parziale: da noi l'art. 1419 c.c. – impone in via "automatica" la conservazione per il resto del contratto, i problemi degli effetti della caducazione della clausola abusiva sono, ad un'indagine non di superficie, assai delicati.

Ci si deve infatti chiedere che **cosa significhi**, operativamente, **conservazione per il resto del contratto**.

Più in particolare, **obliterata la clausola abusiva**, resta da capire **come deve essere regolata la materia che il patto nullo intendeva disciplinare**; **quando** poi la clausola abusiva rappresenti un **elemento essenziale del contratto**, il tema si fa ancor più delicato, perché il negozio, privato della clausola, non potrebbe conservarsi per ragioni di struttura, a meno di ricorrere a strumenti che consentano di colmare la lacuna.

Del resto, a quest'ultimo riguardo, la stessa direttiva 93/13 non ignora affatto il problema, precisando con certo realismo, nella parte finale dell'art. 6, che il contratto, obliterata la clausola abusiva, "resta vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive".

In una prima pronuncia la **Corte di Giustizia** (sentenza *Asbeek Brusse* del **30 maggio 2013**, causa **C-488/11**) ha avuto modo, di rispondere al quesito, con riferimento ad un contratto di **locazione contemplante una clausola penale reputata eccessiva**, chiarendo che se l'art. 6 della direttiva impone la pura disapplicazione della clausola (perché nulla, inefficace, reputata non scritta a seconda dello strumento tecnico utilizzato nei diversi ordinamenti) in casi come quello esaminato l'effetto che ne segue è l'operare delle regole ordinarie della responsabilità contrattuale.

Tuttavia, talvolta le caratteristiche "strutturali" della clausola abusiva caducata complicano le cose.

Si pensi alla **nullità della clausola** con cui le parti pattuiscono **interessi nulli** perché **reputati abusivi in ragione del loro ammontare eccessivo**.

Qui diversi sono gli effetti della nullità parziale prospettabili: si può ipotizzare (i) che la caducazione della clausola comporti l'applicazione della disciplina dispositiva, e quindi l'applicazione degli interessi legali; (ii) che, caduto il patto, nulla sia più dovuto a titolo di interessi; (iii) che – ed è quel che talune discipline nazionali prevedono – il giudice sia autorizzato a rideterminare l'ammontare, nei limiti di una congruità "non abusiva" gli interessi (soluzione, questa, omogenea a quella scartata dalla menzionata pronuncia *Asbeek Brusse* con riferimento alla riduzione della penale).

Su tali alternative la **Corte di Giustizia** (sentenza 14 giugno 2012, *Banco Español de Crédito/Calderón Camino*, C-618/10), ha disposto che non solo, come per la decisione del maggio 2013, il **diritto comunitario precluderebbe la riduzione giudiziale** del patto abusivo; di più **non sarebbe coerente** con la direttiva 93/13 neppure **l'applicazione della disciplina dispositiva, se esistono soluzioni ancora più favorevoli per il consumatore**. Per il giudice comunitario, quindi, la **direttiva**, nel prevedere *tout court* la caducazione del patto, imporrebbe **non l'applicazione della disciplina dispositiva derogata** (gli interessi legali), ma, piuttosto, **che nessun interesse sia dovuto**.

In un'altra decisione, ancora, del 30 aprile 2014 (C-26/13, *Kásler/OTP Jelzálogbank Zrt*) la Corte di Giustizia è stata chiamata a verificare l'idoneità della **disciplina dispositiva a colmare le lacune generate** dalla **caducazione** di una **clausola** del contratto **essenziale**, perché **regolante le prestazioni** dovute dalle parti.

Come evidente, in tali ipotesi, a differenza di quelle sin qui esaminate, l'obliterazione del patto non comporta "riespansioni" più o meno automatiche della disciplina dispositiva derogata. In via logica, al contrario, la **caducazione della clausola** – che regola il corrispettivo dovuto dal mutuatario – **potrebbe determinare la nullità totale del contratto**, travolto dalla perdita di un proprio elemento essenziale. Quando a "venir meno" è una pattuizione essenziale, infatti, il profilo degli effetti della caducazione si configura diversamente: e qui **l'alternativa è tra nullità dell'intero contratto e l'integrazione** – che questa volta non è l'effetto dell'automatica riespansione della disciplina derogata – mediante misure che consentano di colmare la lacuna lasciata dalla elisione della clausola essenziale.

Orbene, con la sentenza Kásler la **Corte di giustizia**, per la prima volta in modo netto, afferma che il **giudice nazionale può rideterminare il contenuto della clausola abusiva** essenziale **applicando** "una **disposizione di diritto nazionale** di natura **suppletiva**". E ciò proprio considerando come la *ratio* a fondamento della nullità (o, a seconda degli ordinamenti, dell'inefficacia) della clausola vessatoria impone di attivare soluzioni che, per un verso, assicurano soluzioni prevedibili ed equilibrate e, per l'altro, consentono di evitare un esito, quello della nullità totale, che esporrebbe il consumatore "a conseguenze particolarmente dannose, talché il carattere dissuasivo risultante dell'annullamento del contratto rischierebbe di essere compromesso".

Quanto agli **effetti, sul piano della legislazione nazionale** di tale pronuncia, parte della dottrina (PAGLIANTINI) ha rilevato che siffatta integrazione selettiva, propugnata dalla sentenza della Corte di giustizia del 2014, potrebbe generare **un'ulteriore spinta per riconoscere all'art. 1374 c.c.** una vocazione a porsi quale **norma** deputata ad **emendare** tanto le **lacune contrattuali originarie** quanto quelle **sopravvenute**.

Lungo il crinale esegetico tratteggiato dalla pronuncia dell'aprile 2014, il giudice comunitario ha (**21 gennaio 2015**, C-482-484-485-487/13) riaffermato il principio in virtù del quale **l'articolo 6, paragrafo 1**, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, deve essere interpretato nel senso che **non osta ad una disposizione nazionale in virtù della quale il giudice nazionale** investito di un procedimento di esecuzione ipotecaria è tenuto a **far ricalcolare le somme dovute a titolo di una clausola di un contratto di mutuo ipotecario** che prevede interessi moratori il cui tasso sia superiore al triplo del tasso legale, affinché l'importo di detti interessi non ecceda tale soglia, **purché l'applicazione** di detta disposizione nazionale **non pregiudichi la valutazione da parte di tale giudice nazionale del carattere abusivo** di suddetta clausola e **non impedisca al giudice nazionale, di disapplicare detta clausola ove dovesse concludere per il carattere «abusivo»** della medesima, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 1, di detta direttiva.

Come attentamente rilevato (POMES), i due principi testé enunciati poggiano su due diversi presupposti, prendendo in considerazione uno l'ipotesi in cui a seguito della soppressione delle clausole il contratto possa continuare a produrre i propri effetti e l'altro l'ipotesi opposta.

Nel primo caso, è **escluso ogni intervento manipolativo del giudice**; mentre, **nel secondo**, è **consentito al giudice di operare la sostituzione** delle clausole con disposizioni nazionali di natura suppletiva.

Lo **sfavore** manifestato dalla Corte **verso i poteri correttivi della autorità giudiziaria si mescola con la volontà di salvaguardare il principio di conservazione del contratto**, facendo così risultare **possibili operazioni di mera sostituzione** da parte del giudice delle clausole abusive **come extrema ratio**.

In senso favorevole alla **caducazione dell'intero contratto** si è, invece, espresso altro interprete (SPOTO).

L'autore rileva che la **nullità totale** potrebbe in concreto rappresentare **per il consumatore il rimedio più utile**, consentendogli di **svincolarsi da un affare non più rispondente ai suoi interessi** e al contempo rappresenterebbe una vera e propria "**sanzione**" **per il professionista che ha abusato** della sua posizione in danno al consumatore e che si vedrebbe costretto a sopportare il costo della totale cancellazione dell'accordo. Al contrario la **tutela** del consumatore sarebbe certamente **più blanda, qualora il contratto fosse integrabile** dal giudice nazionale, perché i **professionisti** rimarrebbero **tentati di continuare ad utilizzare le clausole abusive**, consapevoli che, anche nell'ipotesi di loro nullità, il contratto rimarrebbe comunque in piedi eventualmente integrato ove necessario.

4. Si amplia il potere giudiziale: non più limitato a singole fattispecie, ma diviene generale (Corte Cost. 248/2013 e 77/2014, Sezioni Unite 9140/2016)

Una norma positiva che riconosce un intervento giudiziale modificativo di un contratto squilibrato è contenuta nell'art.1384 c.c. che riconosce la possibilità per il giudice di ridurre d'ufficio una clausola penale manifestamente eccessiva.

La norma è stata *integrata* dall'elaborazione pretoria: **le Sezioni Unite** (Cass., Sez. Un. 13 settembre 2005, n. 18128), infatti, sono giunte ad affermare che il **potere di ridurre ad equità la clausola penale**, attribuito al giudice dall'art. 1384, c.c., **può essere esercitato**

anche d'ufficio, «e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all'ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l'obbligazione principale è stata in parte eseguita. Infatti, in quest'ultimo caso, la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell'obbligazione, si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita».

Innanzitutto, la Suprema Corte chiarisce che l'istituto **della riduzione ad equità della penale non è stato predisposto dalla legge a tutela dell'interesse del debitore**. Quest'ultimo, infatti, **non è titolare di un diritto alla riduzione**, come si desume dalla lettera della norma, in virtù della quale **il giudice "può" ma non deve ridurre** la penale. Inoltre, il criterio che deve guidare il giudice nella valutazione dell'eccessività della penale ha valenza oggettiva, essendo del tutto indifferente alle condizioni economiche del debitore. Dunque, il potere di controllo appare attribuito al giudice "nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela.

Chiarito tale potere giudiziale di riduzione di una clausola eccessiva, ci si è chiesti **se analogo potere** sia esercitabile anche a fronte di una **caparra confirmatoria** manifestamente **eccessiva**.

Orbene la **dottrina** e la **giurisprudenza tradizionali** hanno dato **risposta negativa** a questo quesito.

Ciò in quanto *in primis* **l'art. 1385 c.c. non fa alcuna menzione** di una simile eventualità, espressamente prevista invece dalla disposizione precedente (art. 1384 c.c.) a proposito della clausola penale. Inoltre, la vicinanza delle due norme lascia supporre che la diversità di disciplina sia (frutto di una scelta) consapevole, e che dunque non si possa ipotizzare una "lacuna" vera e propria (ossia, involontaria) nell'art. 1385 c.c.

Inoltre, si evidenziano i **molteplici profili che differenziano** – sul piano strutturale, ma anche su quello funzionale – la **penale** e la **caparra confirmatoria**. In questa logica si mette in evidenza, anzitutto, la **unilateralità** della penale a fronte della **bilateralità** della caparra (che graverà sull'*accipiens*, nel caso in cui sia questi ad essere inadempiente): primo profilo di differenza, che induce a ritenere "attenuato" (se non proprio escluso) il rischio di approfittamento e di abuso di un contraente nei confronti dell'altro, anche se a quest'ultima osservazione, parte della dottrina (PAGLIANTINI) ha replicato che la bilateralità del rimedio non allontana di per sé il rischio di abuso.

Ancora, la circostanza che la **caparra** sia (normalmente) **versata al momento della conclusione del contratto**, mentre la "penale" consiste in una **somma di danaro "promessa"** per l'ipotesi che si verifichi un inadempimento, induce a supporre che sia **più difficile** – nel primo caso – che si realizzi un "abuso". Anche sul piano dell'interpretazione della clausola, è ragionevole supporre – si opina – che la dazione di una somma elevata al momento della conclusione del contratto vada intesa come (prestazione di un) "acconto", anziché come "caparra" (a ciò inducendo anche la considerazione che quest'ultima qualificazione esporrebbe lo stesso *accipiens* all'eventualità – qualora dovesse essere lui, per avventura, a non adempiere alla propria obbligazione – di dover versare alla controparte il doppio della caparra ricevuta).

Infine, si osserva (A. MARINI) che **la norma dell'art. 1384 c.c.** avrebbe carattere **eccezionale** e non sarebbe applicabile analogicamente «oltre l'ambito della clausola penale, cui testualmente si riferisce, né, in particolare, in tema di caparra confirmatoria».

In letteratura non sono mancati **studiosi** (ZOPPINI, A. RICCIO, DELLACASA, BELLANTE, TRIMARCHI) che esprimono **favore** per la soluzione **dell'estensione analogica del potere di riduzione del giudice**. Ciò perché anche la caparra confirmatoria si sostanzia in una forma di liquidazione convenzionale del danno, che sottrae al giudice la competenza riconosciuta in questo campo dalle norme legali. Nell'ambito del medesimo indirizzo, una parte della dottrina (P. PERLINGIERI) si basa sul «principio di proporzionalità», del quale il controllo della clausola penale ex art. 1384 c.c. costituirebbe una delle forme di manifestazione, per affermare il carattere non eccezionale della norma, la quale sarebbe applicabile per analogia a clausole diverse rispetto alla clausola penale.

In questo dibattito dottrinale e giurisprudenziale, in modo piuttosto **dirompente** è intervenuta un'ordinanza **della Consulta** (21 ottobre 2013, n. 248, confermata dalla successiva 2 aprile 2014, n. 77, nonché **fatta proprio dalle Sezioni Unite** 6 maggio 2016, n. 9140, su cui si riferirà *funditus infra*) che ha sostanzialmente statuito che, ammesso di trovarsi di fronte ad

una fattispecie di caparra, **l'art. 1385 c.c.** non va considerato **come una norma contenente una "lacuna"** (laddove esso non prevede un potere giudiziale di riduzione della caparra "eccessiva"), perché il problema della **"eccessività"** della caparra può (e deve) essere risolto "a monte", ritenendo la **clausola che prevede una caparra "sproporzionata"** come **nulla** (in tutto o in parte) ai sensi dell'**art. 1418 c.c., per contrasto con l'art. 1175 c.c.** in combinato contesto con **l'art. 2 Cost.** (e con il dovere di solidarietà sociale imposto in detta norma). Da questa affermazione consegue il Giudice delle leggi fa derivare che:

a) **se la clausola prevedente la caparra dovesse essere considerata totalmente nulla**, la caparra deve essere restituita al contraente (inadempiente) che l'aveva corrisposta (o non sarà dovuta all'altra parte dal contraente inadempiente che l'aveva ricevuta);

b) **se la clausola prevedente la caparra dovesse, invece, essere considerata (solo) parzialmente nulla**, allora il giudice potrebbe ridurre la caparra entro i limiti in cui l'entità della stessa risulti non eccessiva (o, se si vuole, non sproporzionata).

Ma ciò che più conta in questa sede (come già messo in evidenza nella Lezione C1) è sottolineare che **secondo la Consulta** l'art. 1385 c.c. non prevede uno (speciale) potere "correttivo" della caparra, in quanto **l'autorizzazione del giudice ad intervenire (correggendolo) sul contenuto del contratto deve considerarsi generale** (e dunque applicabile anche in questo caso, senza bisogno di una norma specifica), costituendo i **principi costituzionali** e le **clausole generali** come la "buona fede" un **limite dell'autonomia privata**, dalla cui **violazione** può farsi discendere la **nullità** delle convenzioni tra privati.

4.1. Nel 2017 le Sezioni Unite intervengono sul potere giudiziale di disapplicazione di clausole contrattuali contrarie alla buona fede

Una **recente sentenza delle Sezioni Unite del 17 febbraio 2017, n. 4224**, ha fatto applicazione delle più aggiornate tesi giurisprudenziali in tema di **causa in concreto e di meritevolezza degli interessi** per espungere da un disciplinare di concessione una clausola «sconveniente», dando **prova dell'ormai generalizzato intervento giudiziale di "rettifica" di contratti non equilibrati**.

Una società concessionaria di una piccola derivazione d'acqua non aveva corrisposto i canoni giacché in quell'anno non aveva potuto usufruire della capacità idroelettrica del corso idrico per una causa che non le era imputabile, essendo mancati taluni permessi amministrativi, imprescindibili per eseguire i lavori necessari al prelievo. Il contratto di concessione, tuttavia, prevedeva che il **versamento dei canoni fosse dovuto anche nel caso in cui la società "non avesse voluto" o "non avesse potuto" derivare l'acqua**.

Le **Sezioni Unite**, investite in particolare della questione relativa alla preminenza della clausola negoziale che imponeva sempre e comunque il pagamento dei canoni, hanno **argomentato a partire dall'art. 1322, comma 2º, cod. civ.**, il quale permette di concludere contratti atipici purché diretti a realizzare «interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

Richiamato il recente orientamento giurisprudenziale che declina la **causa in concreto del contratto** (di cui si è riferito *supra*), nonché l'altra diffusa posizione che collega la **meritevolezza di tutela** ai superiori **valori costituzionali**, il Collegio ha concluso nel senso della **immeritevolezza di una clausola** come quella **che impone il pagamento di canoni anche là dove la derivazione d'acqua non sia sfruttabile** per ragioni oggettive. Esisterebbe, infatti, un **principio dell'ordinamento**, ricavabile da numerosi disposizioni (per le quali si veda la pronuncia riportata in calce) e fatto proprio anche dalla Corte costituzionale, in base al quale la **concessione** ha da essere «**onerosa**» e il suo **canone «proporzionale»** e «**ragionevole**», con conseguente nullità solo parziale di ogni contraria previsione pattizia.

In tal senso la pronuncia ha ricordato che il **non superamento del vaglio di meritevolezza** comporta, **secondo l'impostazione tradizionale** e più rigorosa, **l'inefficacia del contratto nel suo complesso** (visto che l'ordinamento non riconoscerebbe alla autoregolamentazione di interessi delle parti alcun effetto giuridico, quale conseguenza della valutazione appunto complessiva dell'inidoneità di quella a perseguire interessi ritenuti meritevoli), ovvero anche, **secondo altra e più recente impostazione** forse più aderente all'esigenza di conservazione della volontà negoziale, la nullità della singola clausola (principio già applicato in tema di clausola *claims made* relativa al contratto di assicurazione contro i danni da Sez. Un., 6 maggio 2016, n. 9140,; ripresa e confermata pure sul punto da Cass. Sez. Un., 2 dicembre 2016, nn. 24645 e 24646, e da ultimo da Sez. Un. 9 ottobre 2017, n. 23601, di cui si dirà *infra*).

Al riguardo, una **clausola negoziale che derogasse alla necessaria corrispettività** del versamento del canone di concessione (riconosciuta quale principio generale della materia delle concessioni anche dalla recente Corte cost., sent. n. 64 del 2014), pretendendolo *sic et simpliciter* (cioè, senza alcuna altra specificazione o adduzione ed indicazione di altra causa di giustificazione dell'attribuzione patrimoniale) anche per il caso di impossibilità della derivazione ascrivibile al fatto di terzi non altrimenti evitabile dall'obbligato, – opinano le Sezioni Unite – **tramuterebbe il contratto atipico in esame in contratto aleatorio**, riversando sul concessionario ogni rischio, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità (cui va ricondotto il *factum principis*, fattispecie entro la quale si può sussumere la singolare persistente condotta ostruzionistica delle pubbliche amministrazioni).

Ora, da un lato, una simile **volontà di porre in essere un contratto aleatorio non risulta** nella specie, con l'invece necessaria chiarezza, dai pochi stralci dell'atto concluso tra le parti riprodotti dalla ricorrente in ricorso; dall'altro lato, deve osservarsi che un **simile contratto atipico non è**, se non altro quanto a questa clausola, affatto **meritevole di tutela**, visto che una **deroga immotivata al principio generale della necessaria corrispettività** tra canone e sfruttamento della risorsa oggetto della concessione **lederebbe la libertà di iniziativa economica privata** – tutelata invece in via generale dall'art. 41, co. 1, Cost. – per accollare all'imprenditore ogni tipo di alea, anche del tutto non prevedibile, tanto da costituire in capo alla pubblica amministrazione, preposta alla cura dell'interesse coinvolto dalla risorsa oggetto della concessione, una sorta di rendita di mera posizione, in cui una somma di denaro sarebbe configurata come dovuta in dipendenza della sola titolarità di quella cura o di quella risorsa, anziché per l'uso o lo sfruttamento che ne viene operato o che ne sia almeno possibile.

Inoltre, la **normativa statale di riferimento** (indicata nel par.15. della pronuncia, riportata in calce) esige il rispetto esclusivamente dei **criteri di economicità e ragionevolezza** (espressamente, in tal senso, l'ultima delle norme appena richiamate, da riconoscersi peraltro, con l'opinione prevalente tra gli interpreti, quale espressione di un principio già immanente nell'ordinamento), ciò che sarebbe con ogni evidenza **escluso in ipotesi di riconoscimento** della spettanza alla concedente **di un canone anche in caso di impossibilità** di produzione per causa ad essa non imputabile.

Sul punto, tuttavia, si è rilevato (A.M. GAROFALO) che **la sentenza ha sovrapposto principi fondamentali dell'ordinamento**, rilevanti ai fini del controllo sull'autonomia privata, e principi valevoli ex art. 117, comma 3°, Cost.; per tale ragione ha fatto diretta applicazione dei principi fondamentali ritenuti dalla Corte costituzionale insuperabili da leggi e provvedimenti regionali, senza accorgersi che a rilevare, ai fini privatistici, è piuttosto il sistema normativo nel suo complesso, nel cui ambito era dato rinvenire un limite alla potestà negoziale dettato da una norma imperativa. In ogni caso, si obietta ulteriormente che **il contratto non è una legge o un provvedimento amministrativo e che l'art. 1322, comma 2°, cod. civ. non consente un sindacato di «ragionevolezza»**, come in realtà sembra incline a riconoscere la Corte (in senso contrario a quanto invece sostenuto dal precedente delle Sezioni Unite dell'11 luglio 2011, n. 15144), agevolata in questo anche dall'oscillazione della concessione tra diritto privato e pubblico.

L'ampliamento dell'intervento giudiziale correttivo di un contratto non equilibrato costituisce ormai un principio acquisito del diritto vivente.

Al riguardo, dietro questa prospettazione, parte della dottrina (NAVARRETTA) legge l'intento, da parte della giurisprudenza (costituzionale, prima, e di legittimità, dopo), di conseguire l'obiettivo di decretare come **nulla** non già la clausola che neghi l'applicazione del principio di buona fede al singolo contratto, bensì la **clausola** che, in contrasto con la regola di buona fede, giunga al risultato di un **contenuto iniquo**.

Tale ultima riflessione dischiude le porte, tuttavia, ad un'altra domanda: **la proporzione tra le prestazioni** costituisce **un principio del nostro ordinamento giuridico?**

5. Lo squilibrio iniziale delle prestazioni: il contratto è nullo per mancanza di causa?

Nell'ambito della disciplina consumeristica, che regola proprio fattispecie contrattuali caratterizzate da uno squilibrio tra le parti, il legislatore pone l'accento su un'**asimmetria di tipo normativo** e non economico ed appronta pertanto una serie di rimedi finalizzati a neutralizzare clausole contrattuali gravose per il consumatore, **non tenendo in considerazione**, invece, la **proporzione del valore economico** delle rispettive **prestazioni**.

Oggetto dell'indagine sarà quindi verificare **se nel nostro ordinamento giuridico** viga o meno un **principio** immanente di **proporzione delle prestazioni**.

Orbene secondo una **prima linea di pensiero** (PERLINGIERI) la tendenziale o almeno approssimativa **equivalenza delle prestazioni** costituisce un **principio generale**, inespresso, "immanente", del nostro sistema contrattuale. In particolare, la proporzionalità, almeno tendenziale, tra le prestazioni, svolgerebbe un ruolo di evidenziazione della presenza di una "causa in concreto".

Lo **squilibrio originario** tra le prestazioni o addirittura l'assenza di corrispettivo (o il carattere meramente simbolico), segnalerebbe, di converso, la **manca** di una "**causa in concreto**", cioè di un assetto di interessi che possa giustificare, da tale essenziale punto di vista, lo spostamento patrimoniale (FOTI), con conseguente applicazione del rimedio dell'invalidità.

Il **controllo sull'utilità economica del corrispettivo**, quale espressione dell'accennato principio immanente della equivalenza, almeno tendenziale, delle prestazioni, opererebbe, dunque, **attraverso il riferimento alla "causa concreta"**, quale "funzione individuale" della specifica negoziazione, potendosene predicare, all'esito di un siffatto scrutinio, e per questo verso, la nullità strutturale, di cui all'art. 1418, comma 2, c.c.

La **giurisprudenza di legittimità prevalente**, tuttavia, opina in senso diverso.

In una recente pronuncia (4 novembre 2015, n. 22567), infatti, la Cassazione ha avuto modo di ribadire che lo **squilibrio economico originario non priva di causa il contratto**, perché nel nostro ordinamento prevale il principio dell'autonomia negoziale, che opera anche con riferimento alla determinazione delle prestazioni corrispettive. Si ritiene dunque che, salvo particolari esigenze di tutela, "le parti sono i migliori giudici dei loro interessi".

Pertanto – si aggiunge – **solo l'indicazione di un prezzo** assolutamente privo di valore, **meramente apparente e simbolico**, può determinare la **nullità** della vendita per difetto di uno dei suoi requisiti essenziali, mentre la pattuizione di un **prezzo notevolmente inferiore al valore di mercato** della cosa venduta, ma non del tutto privo di valore, pone solo un problema concernente l'adeguatezza e la corrispettività delle prestazioni ed afferisce, quindi, all'interpretazione della volontà dei contraenti e all'eventuale configurabilità di una causa diversa del contratto.

Secondo il pensiero della Suprema Corte, inoltre, lo **squilibrio economico iniziale** tra le prestazioni può **rilevare** così **ai fini della rescissione del contratto** a norma dell'art. 1447 c.c., o dell'art. 1448, in considerazione dello stato di bisogno o di pericolo di alcuno dei contraenti; come può rilevare ai fini dell'annullabilità a norma dell'art. 428 c.c., del contratto stipulato da persone incapaci. Ma **in linea di principio** lo squilibrio iniziale delle prestazioni **non determina** di per sé la **nullità** del contratto.

Ai fini dell'indagine la Cassazione ritiene opportuno, altresì, distinguere non solo tra negozio a titolo gratuito e negozio a titolo oneroso, ma anche tra **gratuità e liberalità**.

In particolare – si osserva – l'assenza di corrispettivo, se è sufficiente a caratterizzare i negozi a titolo gratuito (così distinguendoli da quelli a titolo oneroso), non è invece sufficiente per individuare i caratteri della donazione, per la cui sussistenza sono necessari, oltre all'incremento del patrimonio altrui, la concorrenza di un elemento soggettivo (lo spirito di liberalità) consistente nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservi in alcun modo costretti, e di un elemento di carattere obbiettivo, dato dal depauperamento di chi ha disposto del diritto o ha assunto l'obbligazione.

Si può dunque avere un negozio – conclude la Corte dei diritti – che, benché gratuito, non è manifestazione di liberalità. Ma l'assenza del corrispettivo, che connota di gratuità il negozio, non ne comporta per ciò solo la nullità.

Autorevole **dottrina** (BARCELLONA) ha **stigmatizzato** il passaggio della pronuncia nella parte in cui evoca la distinzione tra **prezzo** meramente simbolico, considerato nullo per mancanza dell'oggetto, e prezzo soltanto **vile**, invece ritenuto **valido per l'insindacabilità del giudizio di convenienza**.

Tuttavia, si obietta, tale insindacabilità del giudizio di convenienza **rischia di trasformarsi** in una sostanziale **immunità del contratto dal controllo causale**: se sul prezzo non è esperibile alcun controllo causale che non debba limitarsi a constatarne l'eventuale carattere meramente simbolico (e dunque la mancanza non della causa, ma dell'oggetto o il carattere simulato del contratto), allora il controllo causale finisce per ritrovarsi ridotto a mera formalità.

Ad un tale esito si oppone, però, la considerazione che uno dei **compiti principali del giudizio causale** è proprio quello di **evitare** che, fuori dagli ambiti normativi del dono e

dell'azzardo, possa ricevere **riconoscimento giuridico** un **atto** di autonomia che sia rivestito della forma del contratto e che, però, nella sostanza **si sottragga alla logica dello scambio**. Sviluppando queste considerazioni si suggerisce il criterio del giudizio causale della "intelligibilità corrispettiva del prezzo", ossia della **riconoscibilità sociale del prezzo** come corrispettivo del bene o della prestazione della quale dovrebbe rappresentare l'equivalente monetario. E si considera **non riconoscibile quel prezzo** che sta **oltre ogni possibile convenienza** tenuto conto di tutto quello che in concreto, tanto **oggettivamente** (valore di mercato) che **soggettivamente** (ad esempio urgenza di reperire un determinato bene), può influenzarne l'apprezzamento. In tal caso – conclude l'autore – **quando** alla irricognoscibilità corrispettiva del prezzo **la parte**, contro la quale la "mancanza di causa" è invocata, **non** opponga e **provi il di più**, che giustifica il prezzo irricognoscibile come corrispettivo e che dà conto della "ragione" del contratto, il **giudice** non potrà esimersi da una dichiarazione di **nullità** che **sanzioni** il pervicace **occultamento della reale causa negoziale o dello spirito liberale**.

6. Lo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni.

Sin qui abbiamo analizzato le ipotesi in cui il contratto è affetto fin dall'origine da uno squilibrio delle prestazioni.

Quid juris nel caso in cui tale **squilibro** dovesse **sopravvenire** nella fase della sua esecuzione?

Nel tempo che intercorre tra formazione ed esecuzione del contratto, infatti, possono verificarsi **eventi che mutano il contesto giuridico ed economico** in cui il negozio si è formato e che, perciò, **incidono** medesimo. Gli eventi che intervengono dopo la conclusione e prima della completa attuazione del contratto si definiscono **sopravvenienze** (FRATINI).

Sul piano classificatorio, sono state individuate (FRATINI) **tre tipologie** di sopravvenienze.

La **prima tipologia** è costituita dalle sopravvenienze che **rendono impossibile** – sul piano naturalistico o giuridico – **l'esecuzione del contratto**: esse incidono in modo oggettivo e assoluto sulla possibilità di eseguire una o entrambe le prestazioni contrattuali.

La **seconda** tipologia di sopravvenienze riguarda le situazioni in cui le **prestazioni** delle parti sono **ancora possibili, ma l'equilibrio economico** tra le medesime è stato **sconvolto** dal verificarsi dei eventi successivi alla stipulazione che hanno alterato il rapporto sinallagmatico originariamente stabilito dalle parti.

La **terza tipologia** racchiude le sopravvenienze che **frustrano la causa in concreto del contratto**: esse non consentono l'attuazione del programma perché pregiudicano la realizzazione dello scopo del contratto.

Le sopravvenienze, in tutte e tre le tipologie descritte, costituiscono un rischio, cioè una possibilità di pregiudizio degli interessi di una parte del contratto, perché aggravano il sacrificio che il contratto impone o diminuiscono l'utilità che il contratto reca a uno di contraenti.

Il **rimedio** predisposto dal legislatore rispetto alla **prima tipologia** è quello di cui all'art.1256 c.c della **risoluzione per impossibilità sopravvenuta**.

Quanto ai rimedi azionabili per le **altre due tipologie** di sopravvenienze, possono operare quello della **risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta**, di cui all'art.1467 c.c., o quello di conio giurisprudenziale, della **risoluzione per inutilità sopravvenuta della prestazione**.

Proprio in seguito all'elaborazione pretoria della nozione di causa in concreto, infatti, è stata accolta in giurisprudenza una **nuova figura di scioglimento del contratto**: la risoluzione per sopravvenuta inutilità della prestazione, che opera tutte le volte in cui sopraggiungono, successivamente alla conclusione del contratto, **fatti che frustrano lo scopo pratico perseguito nel negozio**. Così, ad esempio, Cass. 20 dicembre 2007, n. 26958, facendo applicazione del principio, ha riconosciuto legittima la richiesta mossa dall'acquirente di un pacchetto turistico di restituzione della somma versata ad un albergo, per non aver potuto godere del soggiorno al quale aveva rinunciato per il sopravvenuto decesso del proprio coniuge. Tale sopravvenienza, infatti, aveva fortemente pregiudicato la finalità turistica (la ragione pratica) del contratto di albergo e il connesso scopo di benessere psico-fisico che il pieno godimento della vacanza, come occasione di svago e di riposo, è volto a realizzare.

6.1. I rimedi manutentivi: a) obbligo di rinegoziazione; b) potere giudiziale di riduzione ad equità

Accanto a questi rimedi caducatori, che determinano la liberazione dal vincolo contrattuale, **sussistono nel nostro ordinamento anche rimedi manutentivi**, che consentono di distribuire il pregiudizio sopravvenuto tra le parti attraverso una modifica del contratto che ne garantisca la conservazione? Come affermato da autorevole dottrina (ROPPO) per i contratti a lunga durata «ciò che ragionevolmente occorre è che il contratto prosegua: con gli aggiustamenti necessari per superare i problemi e le difficoltà che si sono presentati. Occorrono dunque rimedi non ablativi, e in particolare non risolutori: bensì rimedi che chiamano manutentivi perché puntano a mantenere in vita il contratto; o di adeguamento, perché salvano il contratto adeguandolo alle circostanze ed esigenze sopravvenute».

Oltre ai rimedi predisposti per singole fattispecie (come ad esempio: in materia di clausola penale, art. 1384 c.c.; contratto con obbligazioni di una sola parte, art. 1468 c.c.; affitto, art. 1623 c.c.; appalto, art. 1664 c.c., assicurazione, artt. 1897, 1898 c.c.), la dottrina si è domandata **se sussista nel nostro ordinamento un principio di carattere generale**, che attribuisca ad entrambe le parti il **diritto-dovere di rinegoziare il contratto**, allorché sopraggiungano circostanze imprevedibili che ne abbiano alterato sensibilmente l'equilibrio, anche in difetto di specifiche clausole contrattuali.

Al quesito un **ampio filone dottrinale** (CASTELLI L., FRANZONI, GALGANO, MACARIO, RESCIGNO, MARASCO, ROPPO, L. RICCIO, TERRANOVA) da **risposta positiva** alla luce del **principio di buona fede**, considerata, come visto nella lezione C1, non più come mera regola di comportamento, ma come fonte integrativa di **ulteriori obblighi** rispetto a quelli previsti dal contratto, quali ad esempio quelli di **protezione**, di **cooperazione**, di **informazione**. Come autorevolmente affermato (ALPA), quindi, dovere di correttezza contrattuale inteso non solo quale "clausola generale destinata a regolare la trattativa, la conclusione, l'interpretazione e l'esecuzione del rapporto contrattuale, ma anche **come fonte di integrazione del contratto**, in quanto richiamata dall'art. 1374 *sub specie* di legge.

In particolar modo si è rilevato come alla luce di tale nuova lettura ben si può sostenere (CASTELLI L., TERRANOVA) che **l'obbligo di cooperare** debba essere inteso in questi casi anche quale **dovere delle parti** di rendersi **disponibili alla modificazione del contratto** al fine di renderlo aderente alla (nuova) concreta realtà del mercato.

D'altro canto, **negare l'esistenza di un obbligo legale di rinegoziare** in virtù di una rigorosa applicazione del principio dell'obbligatorietà del contratto (*pacta sunt servanda*) potrebbe addirittura risultare **pregiudizievole** degli effettivi **interessi** delle **parti** coinvolte (CASTELLI L.). L'interesse meritevole di tutela è dunque non tanto quello al pedissequo adempimento delle obbligazioni contrattuali *tout court*, bensì quello all'esecuzione del contratto come mezzo per realizzare il risultato finale perseguito dalle parti. Nella prospettiva di un rapporto commerciale di lunga durata, infatti, la parte che si ostini a pretendere l'esecuzione del contratto alle condizioni originariamente pattuite, nonostante queste siano divenute oggettivamente inique, pone in essere un comportamento evidentemente opportunistico e quindi incompatibile con il principio di buona fede.

Come opportunamente rilevato (CASTELLI L.) **l'esito negativo della rinegoziazione** di per sé **non** può costituire un **inadempimento all'obbligo di rinegoziare**; inadempimento che, invece, **si verificherà nel caso di rifiuto assoluto ed ingiustificato** ovvero nel caso di **comportamento scorretto** delle parti nella fase delle **trattative**, ossia quando queste siano **condotte senza alcuna effettiva intenzione di rivedere** i termini dell'**accordo** (c.d. "negoziazione maliziosa").

Individuata l'esistenza nel nostro ordinamento di un obbligo di rinegoziare, rimane da esaminare quali sono le **conseguenze** della **violazione** di un siffatto obbligo ovvero, sotto diversa prospettiva, quali sono i rimedi che ha a disposizione la controparte e cioè la parte che ha subito gli effetti dell'altrui violazione.

Secondo parte della dottrina (CASTELLI L.), una volta ricostruito il dovere di rinegoziare come una sfaccettatura del più generale obbligo di comportarsi secondo correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, si deve necessariamente concludere nel senso che la violazione di un siffatto obbligo consente alla parte non inadempiente di agire per la **risoluzione del contratto** ai sensi degli artt. 1453 ss. c.c. Del resto – si opina –, sulla possibilità di ottenere la risoluzione del contratto, in caso di violazione dell'obbligo di correttezza e buona fede, non può esservi alcun dubbio e ciò tenuto conto del chiaro *dictum* delle **Sezioni Unite** (19 dicembre

2007, n. 26724), secondo cui la **violazione delle norme di comportamento** dei contraenti "tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, genera responsabilità e può esser **causa di risoluzione del contratto**".

Inoltre, ovviamente, la parte non inadempiente potrà agire anche per ottenere il **risarcimento del danno patito**; con la precisazione che spetta al danneggiante fornire la prova sia dell'esistenza del danno lamentato sia del nesso di causalità, materiale e giuridico, tra lo stesso ed il denunciato inadempimento (CASTELLI L.).

In ordine all'utilizzo del **rimedio dell'esecuzione in forma specifica** dell'obbligo di rinegoziazione non v'è unanimità di vedute tra gli interpreti.

Taluni (CASTELLI L.), infatti, ritengono possa **ammetersi** anche il ricorso a tale strumento di tutela. Se, infatti, l'obbligo di rinegoziare può essere, in un certo senso, inteso come obbligo di contrarre le modifiche del contratto-base, qualora ne ricorrano i presupposti, è allora legittimo ritenere che "la parte che per inadempimento dell'altra non ottiene questo contratto modificativo, cui ha diritto, può chiedere al giudice che lo costituisca con una sua sentenza. Certo, non basta questo per garantire che, di fatto, controparte adempirà le nuove condizioni contrattuali costituite per sentenza; ma almeno consente, per il caso che rifiuti di adempierle, di commisurare su esse il danno risarcibile" (ROPPO).

In senso opposto, altri (LANDINI S.) ricordano che **l'art. 2932 c.c.** si riferisce ad un **obbligo a contrarre e non ad un obbligo a trattare**, come l'obbligo di rinegoziazione in cui non si prevede l'obbligo di dar vita ad un contratto definitivo avente un certo contenuto. L'obbligo a rinegoziare è altro dall'obbligo a contrarre che presuppone un contenuto contrattuale di riferimento. Perché sia ammissibile una sentenza costitutiva occorre che siano previsti dei criteri di adeguamento automatico del contratto alle conseguenze individuate senza alcuno spazio di discrezionalità lasciato alle parti: manca, quindi, un contenuto contrattuale definitivo predeterminato di riferimento ai fini dell'emissione della sentenza che ne tenga il luogo.

A questi rilievi l'orientamento favorevole all'utilizzo dell'azione ex art.2932 c.c., ha tuttavia replicato che il **rimedio**, in realtà, è **utilizzabile** non solo in presenza di un obbligo negoziale, ma anche **di fronte ad un obbligo legale** (quale quello riconducibile alla clausola generale di buona fede). La possibilità di esperire l'esecuzione in forma specifica in presenza di un obbligo legale a contrarre è stata, infatti, riconosciuta dalla giurisprudenza maggioritaria, che ha fatto applicazione della norma citata anche con riferimento all'obbligo di contrattare nel caso di monopolio previsto dall'art. 2597 c.c.

Il **rimedio** in esame è stato **positivizzato dal legislatore francese** che nel riformare il *code civil* ha modificato **l'art.1195** che ora dispone chiaramente che «**se un cambiamento imprevedibile delle circostanze** dopo la conclusione del contratto rende **l'esecuzione eccessivamente onerosa per una parte** che non ha accettato di assumersi il rischio, quest'ultima può richiedere una rinegoziazione del contratto all'altra parte. Questa continua ad adempiere alle sue obbligazioni durante la rinegoziazione. In caso di rifiuto o fallimento della rinegoziazione, le parti possono concordare la risoluzione del contratto, alla data e alle condizioni stabilite, o chiedere al giudice di adattarlo. In assenza di un accordo entro un termine ragionevole, il giudice può, su richiesta di una parte, rivedere il contratto o risolverlo alla data e alle condizioni che determina'».

Oltre al dovere di rinegoziazione, altro rimedio di tipo **manutentivo**, capace di neutralizzare gli effetti squilibranti di una sopravvenienza, è quello che riconosce al **giudice**, una volta accertata la sussistenza dei relativi presupposti, il potere di **intervenire** direttamente sul contratto, modificando le pattuizioni contrattuali con il fine di **ricondurle ad equità** (CASTELLI L.).

Si ritiene, infatti, che il **ruolo assunto dal principio della buona fede** sia tale da far ritenere che **norme** che, sino a pochi anni or sono, erano **ritenute eccezionali** possano **ora** essere considerate quali **esempi di applicazione di un principio generale** (si rinvia a quanto riferito nella lezione C1 in tema di uso forte della buona fede).

Per dare sostegno al proprio pensiero **si evocano taluni indici normativi** già in precedenza richiamati: gli artt. 1664, 1623, comma 1, e 1384 c.c. In particolar modo si ritiene di poter **estendere analogicamente quest'ultima disposizione** (non più considerata norma eccezionale) al fine di **riconduire ad equità** quelle **clausole** o quei **contratti** manifestamente **squilibrati**. Il tutto per non disattendere il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. che, in sinergia con il canone generale di buona fede oggettiva e correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 c.c.), si pone come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o

passiva, contrattualmente assunta”, così come sostenuto dalla giurisprudenza costituzionale prima e di legittimità poi (Corte Cost. 248/2013 e 77/2014, Sezioni Unite 9140/2016), esaminata in precedenza.

In quest’ottica si precisa (CASTELLI L.) che **l’intervento del giudice** deve essere tale da “uniformare il corrispettivo ancora dovuto ai valori di mercato. (Cass. 8 settembre 1998, n. 8857 e Cass. 5 ottobre 2009, n. 21264). Del resto, la dottrina (RICCIO, GABRIELLI, GATTI, PROSPERETTI), chiamata a pronunciarsi sul contenuto dell’offerta di riconduzione ad equità del contratto, ha avuto modo di precisare che **l’equità** viene **perseguita** solo nel momento in cui il **contratto** viene “**riportato ad un giusto rapporto di scambio**.”

PARTE II LA FORMAZIONE DEL CONTRATTO – IL CONTRATTO PRELIMINARE

1. Il contratto preliminare: nozione

Il contratto preliminare è un vincolo negoziale preparatorio, incidente sulla libertà di contrarre. Con esso una sola parte (c.d. preliminare unilaterale) o entrambe (c.d. preliminare bilaterale) si impegnano a stipulare un successivo contratto (c.d. definitivo), **il cui contenuto è stato determinato nel preliminare stesso**.

Fatta questa premessa, esaminiamo i più recenti e significativi interventi giurisprudenziali in materia.

2. Il preliminare di preliminare

Nell’ambito della **prassi delle agenzie immobiliari** erano in passato predisposti dei moduli concepiti in **modo da obbligare le parti**, una volta accettata la proposta, **alla successiva stipula del preliminare formale o c.d. chiuso**.

Tale dicitura deriva dal fatto che questo tipo di proposta, infatti, recava spesso la previsione di una «penale» da pagare nel caso in cui una delle parti si fosse pentita e avesse rifiutato di concludere il preliminare: lasciando spazio per un vero e proprio *ius poenitendi*, **l’intesa è sempre stata etichettata come «preliminare aperto», contrapposto a quello «formale» o «chiuso»,** di norma stipulato successivamente dal notaio, privo di tale facoltà.

In sostanza, una **strutturazione trifasica dell’operazione negoziale** (preliminare “aperto” o pre-preliminare; preliminare “chiuso”; contratto definitivo per atto pubblico notarile), **cadenzata** in funzione dello stato di avanzamento **nel pagamento del prezzo;** con l’avvicinarsi al definitivo scambio dei consensi e al pieno trasferimento della proprietà, erano previsti degli esborsi sempre più consistenti.

La domanda cui gli interpreti erano chiamati a rispondere, rispetto a tale fattispecie progressiva di formazione del contratto di vendita, poteva riassumersi in questa: **è valido un preliminare di preliminare?**

Orbene proprio **questa prassi è stata criticata da una parte della dottrina e della giurisprudenza**, le quali hanno sempre **eccepito la carenza di causa dell’«obbligo ad obbligarsi»**, sancendone la nullità e quindi l’inidoneità a costituire titolo per il sorgere del diritto alla provvigione per il mediatore.

Per **parte della giurisprudenza** (da ultimo Cass.2 aprile 2009, n. 8038) e della dottrina (RASCIO, DE MARTINI, PEREGO), il c.d. preliminare di preliminare sarebbe **nullo, perché privo di giustificazione causale**: la sua unica funzione sarebbe soltanto quella di duplicare il momento obbligatorio, di creare un *bis in idem* (GAZZONI) senza che tra le due fasi anteriori al definitivo vi sia alcuna differenziazione.

Inoltre, **il c.d. «preliminare aperto» non sarebbe eseguibile in forma specifica** ex art. 2932 per i seguenti motivi: 1) da un lato esso rinvia alla stipula di altro contratto e quindi rivela l’implicita volontà delle parti di escludere l’operatività del rimedio giurisdizionale fino a quando non sia intervenuta l’ulteriore scrittura che definisca compiutamente il contenuto del contratto; 2) dall’altro, la previsione di una penale lascerebbe intendere che il contratto è «vincolante solo in modo «promissorio», è finalizzato a garantire alle parti stesse la libertà di lasciare cadere l’impegno con un sacrificio in danaro.

All’opposto, **altra parte della dottrina** (GABRIELLI) preferisce ritenere che il **primo preliminare, quello «aperto»,** sia invece **un vero e proprio contratto preliminare**, esprima cioè un accordo compiuto, mentre il secondo preliminare sarebbe in realtà o una mera riproduzione del consenso già intervenuto (che, non costituendo un passaggio essenziale, non impedirebbe in caso di sua mancata conclusione di poter stipulare la vendita), o addirittura un

preliminare improprio, che avrebbe natura di scambio dei consensi definitivi, recante l'obbligo di ripetere lo stesso identico accordo in forma idonea per la trascrizione.

Per tale secondo orientamento, proprio **l'esclusione del rimedio di cui all'art. 2932** dovrebbe risultare **per iscritto ed espressamente**, in quanto si è in presenza di atti aventi ad oggetto la negoziazione di beni immobili, che quindi richiedono la forma scritta a pena di nullità ed il formalismo si estende a tutto il contenuto negoziale, o almeno al suo contenuto essenziale, e l'esclusione del rimedio ex art. 2932 deve ritenersi essenziale, perché influisce sul tipo contrattuale e ne altera la causa.

Né, d'altro canto, è **del tutto sicuro che la riserva di ridefinire il contenuto dell'accordo costituisca un indice certo della volontà di escludere il rimedio** previsto dall'**art. 2932**: infatti, l'accettazione della proposta crea un vincolo immediato e l'eventuale rinegoziazione può riguardare al limite gli elementi complementari non definiti nel c.d. preliminare aperto (così RAVAZZONI). Solo qualora vi sia la previsione di una penale per l'uscita dall'affare di una delle parti, la proposta accettata potrebbe quindi ritenersi sottratta all'applicabilità del 2932.

Proprio in riferimento al preliminare di preliminare, alcuni autori recentemente hanno, al contrario, preso posizione favorevole, ritenendo questa figura del tutto ammissibile.

Infatti, da un lato **il fatto stesso che un tale contratto venga concluso** dimostra l'esistenza di un **interesse effettivo** delle parti; dall'altro, **mai** è stata **spiegata la ragione per negare meritevolezza** di tutela al loro programma contrattuale (CHIANALE, SACCO, D'AMBROSIO, RESCIGNO). Questa figura, infatti, crea un impegno provvisorio tra le parti, che riservano ad un futuro contratto la completa e definitiva regolamentazione dell'affare; tale interesse, si noti, potrebbe sottostare anche alla stipulazione di un preliminare mediante il quale le parti si impegnano a stipulare un contratto obbligatorio.

Questa seconda linea di pensiero evidenzia come la **Cassazione** nella richiamata decisione del 2009 **si limiti a premettere che l'art. 2932 c.c.** instaura un diretto e necessario collegamento strumentale tra il contratto preliminare e quello definitivo e riconoscere come possibile funzione del primo anche quella di obbligarsi ad obbligarsi a ottenere quell'effetto darebbe luogo a una inconcludente superfetazione non sorretta da alcun effettivo interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ben potendo l'impegno essere assunto immediatamente. E non avrebbe senso pratico il promettere ora di ancora promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito.

2.1. Revirement giurisprudenziale e soluzione delle Sezioni Unite

Nel corso del **2014** la Cassazione (ordinanza 12 marzo, n. 5779), chiamata nuovamente a verificare la validità di un preliminare di preliminare, ha mostrato di volere **disattendere il proprio precedente del 2009**.

Si osserva a tal fine in primo luogo, che «potrebbe **dubitarsi della nullità del contratto preliminare il quale si limitasse a prevedere un obbligo di riproduzione del suo contenuto** al verificarsi di determinate circostanze», come nel caso di specie, in cui la stipulazione di un "regolare contratto preliminare" era subordinata al consenso del Banco di Napoli alla cancellazione dell'ipoteca gravante (anche) sulla porzione immobiliare promessa in vendita.

«Ma quello che più conta – prosegue la Suprema Corte – è che **il contratto preliminare di contratto preliminare non esaurisce il suo contenuto precettivo nell'obbligarsi ad obbligarsi**, ma contiene – come nel caso di specie – **anche l'obbligo ad addivenire alla conclusione del contratto definitivo**».

Secondo Piazza Cavour, dunque, alla luce del principio generale previsto dall'articolo 1419, primo comma, del codice civile (per cui una nullità parziale comporta la nullità dell'intero contratto se risulta che i contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte) «appare difficile ... ritenere che la nullità dell'obbligo di concludere un contratto preliminare riproduttivo di un contratto preliminare già perfetto possa travolgere anche l'obbligo, che si potrebbe definire finale, di concludere il contratto definitivo».

Rilevato il **contrasto**, si è così deciso di **affidarne la composizione alle Sezioni Unite**, che hanno dato **risposta al quesito** con una pronuncia del **6 marzo 2015, n. 4628**.

Nella decisione il massimo plesso della giustizia civile *in primis* esamina **i diversi orientamenti** succedutisi in giurisprudenza sull'ammissibilità del contratto preliminare del preliminare, quale autonoma figura negoziale con propri, peculiari, effetti giuridici.

L'analisi prende le mosse dalla **prima sentenza della Corte di Cassazione** (2 aprile 2009, n. 8038) che ha **fondato la propria statuizione, in termini di nullità, sull'impossibilità di applicazione dell'art. 2932 c.c.:** ne è scaturita la qualificazione, come **mera puntuazione**, della scrittura privata sottoscritta delle parti, «destinata a fissare, ma senza alcun effetto vincolante, il contenuto del successivo negozio».

Viene notato dalle Sezioni unite come questo orientamento trovi origine in una diffidenza in ordine alla configurabilità di un momento contrattuale anteriore al contratto preliminare.

Di segno opposto appare invece un **altro orientamento**, come visto, più **aperto all'ammissibilità di una maggiore precedimentalizzazione in sede di negoziazione indirizzata alla compravendita immobiliare**, che, in particolare, ritiene possibile la sopra esposta tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del definitivo.

Tra le due impostazioni le **Sezioni Unite** dichiarano la **propria adesione alla seconda**.

Viene in primo luogo in risalto la tematica della **causa concreta**. Dopo aver evocato la definizione offerta da Cass.10490/2006 (di cui si è riferito *funditus* nella precedente lezione), la pronuncia in esame osserva come tale lettura spinga a **riconsiderare gli approdi schematici** ai quali sono pervenute in passato dottrina e giurisprudenza.

Alla luce di tale prospettiva le Sezioni Unite rilevano come in realtà **i due opposti orientamenti**, pur partendo da prospettive diverse, **coincidano nel definire nulla l'intesa che si risolve in un mero obbligo di obbligarsi a produrre un vincolo che non abbia né possa avere contenuto ulteriore o differenziato**. Un **secondo punto di convergenza** viene altresì ravvisato allorché **l'analisi del primo accordo** conduce a ravvisare **in esso i tratti del contratto preliminare**, in quanto contenente gli elementi necessari per configurare tale contratto, quali, si osserva, l'indicazione delle parti, del bene promesso in vendita, del prezzo. La presenza della previsione di una ulteriore attività contrattuale può rimanere irrilevante, ma va esaminata alla luce delle pattuizioni e dei concreti interessi che sorreggono questa seconda fase negoziale.

A tal fine si riportano **alcune esemplificazioni**:

a) può darsi il caso che **nell'accordo raggiunto** sia stata semplicemente **esclusa l'applicabilità dell'art. 2932 c.c.:** si tratta, è stato osservato, di una esclusione convenzionalmente ammessa. La conseguenza sarà che, pur ravvisandosi un contratto "preliminare" in questa scrittura che ipotizzava un successivo accordo, si potrà far luogo, in caso di inadempimento, solo al risarcimento del danno.

b) Può presentarsi l'ipotesi in cui **la pattuizione della doppia fase risponda all'esigenza di una delle parti di godere del diritto di recesso**, facoltà che può essere convenzionalmente prevista nel contratto preliminare e che può anche accompagnarsi alla prevista perdita di una modesta caparra penitenziale versata dal proponente l'acquisto; si tratta è stato detto, del costo del recesso da un contratto preliminare già concluso.

c) È ipotizzabile che **le parti abbiano raggiunto un'intesa completa, subordinandola però a una condizione**.

Tutte queste ipotesi, e le altre che sono immaginabili, – proseguono le Sezioni Unite – sono apparentate da una conclusione che può regolare buona parte della casistica: va **escluso che sia nullo il contratto che contenga la previsione della successiva stipula di un contratto preliminare, allorché il primo accordo già contenga gli estremi del preliminare. L'assenza di causa** che è stata rilevata quando si è discusso di "preliminare di preliminare" potrebbe in tali casi **riguardare tutt'al più il secondo, ma non certo il primo contratto**.

Al riguardo si è opportunamente rilevato (NAPOLI) come secondo il *dictum* delle Sezioni Unite **il primo contratto**, quello denominato «preliminare del preliminare», deve considerarsi **autonomo e vincolante**, valido quale effettivo contratto preliminare, salvo il caso in cui le parti abbiano concordato espressamente la necessità di spostare in avanti nel tempo la produzione del primo contratto preliminare, escludendo anche l'applicazione, nella prima fase, dell'art. 2932 c.c. **Il secondo contratto**, quello della seconda fase, stando alla motivazione della sentenza, **perderebbe allora quella importanza** che aveva assunto nelle **precedenti ricostruzioni giurisprudenziali**, dirette a dar valore alla qualificazione, effettuata espressamente dalle parti, come vero contratto preliminare, cioè in grado di vincolare direttamente alla stipula del definitivo. Se questo secondo contratto riproduce meramente il primo, è nullo per mancanza di causa: il primo contratto può, come detto, valere come effettivo preliminare.

La sentenza osserva altresì che la **nozione di preliminare di preliminare non identifica** una ben **determinata tipologia contrattuale**, ma rappresenta un **ampio genus negoziale al cui interno possono ricondursi situazioni fra loro differenti**, che delineano sia figure contrattuali atipiche (quali quelle prima indicate), ma alle quali corrisponde una "causa concreta" meritevole di tutela; sia stadi prenegoziali molto avanzati, cui corrisponde un vincolo obbligatorio di carattere ancora prenegoziale (almeno fra le parti del contratto in relazione al quale si assuma un impegno volto alla successiva stipula di un contratto preliminare) che vede intensificato e meglio praticato l'obbligo di buona fede di cui all'art. 1337 c.c..

Certo è però, che, in linea di massima, la previsione di dover dar vita, in futuro, all'assunzione dell'obbligo contrattuale nascente dal contratto preliminare, può essere sintomatica del fatto che le parti hanno consapevolezza che la situazione non è matura per l'assunzione del vincolo contrattuale vero e proprio. Ciò può dipendere segnatamente in relazione al grado di conoscenza di tutti gli elementi di fatto che occorre aver presenti per manifestare la volontà il cui incontro dà vita all'accordo vincolante consacrato nel contratto preliminare.

La Corte tiene a precisare, ancora, come **non** si possa, comunque, assegnare **utilità al "bis in idem"** in quanto volto alla mera ripetizione del primo contratto ad identici contenuti, **se e quando le parti sono disposte** al mutamento del contenuto del contratto, **al cambiamento di esso, l'obbligazione assunta** sembra avere **per oggetto non il contrarre, ma il contrattare**.

Secondo le Sezioni Unite, pertanto, si deve immaginare la **pattuizione di un vincolo contrattuale** che sia **finalizzato ad ulteriori accordi** e che il **rifiuto di contrattare opposto nella seconda fase**, se immotivato e contrario a buona fede, possa dar **luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica** sorta nel corso della formazione del contratto e non propriamente *ex contractu*.

Al riguardo, come visto *supra*, altro orientamento ha rilevato che **si tratterebbe di un'ipotesi diversa da quella del preliminare di preliminare, che dovrebbe riguardare l'obbligo, assunto nella prima fase, di contrarre e non di contrattare**, come invece avverrebbe quando siano state scandite solo tappe di una trattativa complessa. Tale **impostazione** ha così manifestato **contrarietà all'ipotesi di un "preliminare aperto"** – sottoscritto per lo più da parti che ancora non si conoscono o hanno deliberatamente lasciato alla seconda fase la regolazione di alcuni profili contrattuali – **seguito da un preliminare chiuso**.

A queste obiezioni la **decisione** in esame replica come **questa ritrosia** possa essere **giustificata in alcuni casi, ma non in tutti**.

È stato in precedenza sottolineato che va dato peso alla **difficoltà di configurare come preliminare** propriamente detto un **rapporto obbligatorio in cui le parti non si conoscano e non siano in grado** quindi di **valutare le qualità soggettive dell'altro contraente**. Rispetto a questa frequente ipotesi, le Sezioni Unite ritengono che, rispetto alle reali esigenze del traffico giuridico, **non sia corretto qualificare la prima intesa**, che pur contenga gli altri elementi essenziali, **come contratto preliminare**.

Ciò in quanto sussistono esigenze, in una società complessa, interessata da pervasivi fenomeni criminosi, da sospette manipolazioni nel tessuto economico, da un fiorire incontrollabile di nullità contrattuali "minori", ma non per questo meno incisive negozialmente, di riservare il consenso vincolante, sottomesso all'esecuzione coattiva, a verifiche che sono da valutare soggettivamente.

In altri casi, invece, il contraente resta libero da vincoli stringenti e assoggettato solo alle conseguenze risarcitorie che ha deliberatamente assunto e contrattualmente delimitato, concordando espressamente la necessità di un vero e proprio preliminare e l'esclusione del disposto di cui all'art. 2932 c.c.. Una più esauriente determinazione del contenuto contrattuale può essere prevista per meglio realizzare l'interesse delle parti. Se si dovesse invece ricorrere sempre all'opzione preliminare/definitivo – chiosano le Sezioni Unite – si dovrebbero riempire i contenuti rimasti in sospeso con il meccanismo di cui all'art. 1374, integratore rispetto al primo accordo incompleto.

Al riguardo si ritiene che **coloro che pongono l'alternativa "preliminare o definitivo" amputano le forme dell'autonomia privata**, sia quando vogliono rintracciare ad ogni costo il contratto preliminare in qualunque accordo iniziale, sia quando ravvisano nel c.d. preliminare chiuso il contratto definitivo, passibile soltanto di riproduzione notarile.

La sentenza, quindi, rileva come **nell'ampio alveo del "preliminare di preliminare"**, oltre all'ipotesi in precedenza descritta in cui il primo contratto è già il contratto preliminare e il secondo è, al più, solo la sua formalizzazione per la trascrizione, restano due "sequenze" variabili che si avvicinano:

A) quella delle **mere punteggiamenti** in cui le parti hanno solo iniziato a discutere di un possibile affare e senza alcun vincolo fissano una possibile traccia di trattative. In questa ipotesi, quanto maggiore e specifico è il contenuto, tanto più ci si avvicina al preliminare.

B) Quella in cui il **contratto non è ancora un vero preliminare, ma una punteggiamento vincolante sui profili in ordine ai quali l'accordo è irrevocabilmente raggiunto**, restando da concordare secondo buona fede ulteriori punti. Si tratta di un iniziale accordo che non può configurarsi ancora come preliminare perché mancano elementi essenziali, ma che esclude che di quelli fissati si torni a discutere. In questa ipotesi man mano che si impoverisce il contenuto determinato ci si allontana dal preliminare propriamente detto.

b1) Occorre qui ulteriormente ricordare la distinzione con **l'ipotesi in cui la previsione del secondo preliminare esprime soltanto che la situazione conoscitiva delle parti non è tale da far maturare l'accordo consapevole, ma si vuole tuttavia "bloccare l'affare"**, anche **a rischio del risarcimento del danno negativo** in caso di sopravvenuto disaccordo.

Ciò che preme chiarire alla Suprema Corte nella decisione del 6 marzo 2015 è che, all'interno di una gamma di situazioni che ricevono risposte diverse, quelle contrassegnate sotto la lettera b sono riconducibili a una fase sostanzialmente precontrattuale, in cui la formazione del vincolo è limitata a una parte del regolamento. La **violazione di queste intese, perpetrata in una fase successiva** rimettendo in discussione questi obblighi *in itinere* che erano già determinati, dà luogo a **responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica sorta nel corso della formazione del contratto**, riconducibile alla **terza delle categorie considerate nell'art. 1173 c.c.**, cioè alle obbligazioni derivanti da ogni fatto o atto idoneo a produrle in conformità dell'ordinamento giuridico.

La sentenza esaminata conclude affermando i seguenti principi di diritto:

In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento.

Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligano alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare.

La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.

3. L'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre

Come si diceva all'inizio, *l'iter* formativo del contratto può essere preceduto anche da atti diversi dal contratto preliminare come la minuta o la punteggiamento provvisti, invero, di un'efficacia vincolante più debole rispetto al primo.

Il contratto preliminare, infatti, trova la sua forza cogente proprio nell'esecuzione in natura di esso prevista ex art. 2932 c.c., norma, questa, che dispone che, in caso di inadempimento, l'avente diritto, se possibile e non escluso dal titolo, possa ottenere una sentenza (costitutiva) che produca gli effetti del contratto non concluso.

Si tratta di una disposizione che ha notevoli ricadute pratiche come dimostra, fra l'altro, l'abbondanza delle pronunce che, anche recentemente, si sono espresse sul punto.

3.1. *Proposta azione tesa a ottenere l'esecuzione in forma specifica di un contratto preliminare di vendita è possibile mutarla in domanda per l'accertamento dell'intervenuto trasferimento di proprietà? La risposta positiva delle Sezioni Unite (15 giugno 2015, n. 12310)*

Con riferimento alla risposta al quesito deve darsi atto di un contrasto giurisprudenziale.

Secondo un **primo orientamento giurisprudenziale** ove **l'attore abbia chiesto con l'atto di citazione una sentenza costitutiva ex art. 2932 c.c.**, fondata sull'esistenza di una scrittura privata da lui erroneamente qualificata come preliminare di vendita immobiliare, costituisce **mera "emendatio libelli"**, consentita anche in appello, la **richiesta di una pronuncia dichiarativa dell'avvenuto trasferimento della proprietà del medesimo immobile**, oggetto del contratto qualificato come contratto definitivo di compravendita, trattandosi di semplice specificazione della pretesa originaria e restando in tal caso il "*thema decidendum*" circoscritto all'accertamento dell'esistenza di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento di proprietà, sicché resta immutato nella sostanza il bene effettivamente richiesto ed identica la "*causa petendi*", costituita dal contratto del quale viene prospettata, rispetto alla domanda originaria, soltanto una diversa qualificazione giuridica".

Secondo altro contrapposto (ed invero predominante) orientamento della giurisprudenza della Cassazione, invece, **"costituisce domanda nuova** quella del creditore che, dopo aver invocato l'esecuzione coattiva di un contratto preliminare rimasto inadempito, ponendo a base dell'atto introduttivo la richiesta di pronuncia costitutiva ex art. 2932 cod. civ., sostituisce nell'atto di riassunzione a seguito di interruzione o nelle conclusioni del giudizio di primo grado, ovvero nell'atto di appello, la predetta domanda con una successiva, con la quale chieda una sentenza che accerti l'avvenuto effetto traslativo, qualificando il rapporto pattizio non più come preliminare, ma come vendita per scrittura privata. **Si tratta, infatti, di domande diverse** sotto il profilo del "*petitum*" e della *causa petendi*", atteso che nella prima ipotesi l'attore adduce un contratto preliminare con effetti meramente obbligatori, avente ad oggetto l'obbligo delle parti contraenti di addivenire ad un contratto definitivo di vendita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata dell'immobile; nella seconda un contratto con efficacia reale, immediatamente traslativo della proprietà dell'immobile per effetto del consenso legittimamente manifestato".

Deve, inoltre, segnalarsi che **la giurisprudenza di legittimità** – assolutamente **prevalente** – ha seguito **l'indirizzo da ultimo riportato anche nell'eventualità processuale della modificazione in senso inverso delle due domande** in esame, risultando stabilito che "costituisce domanda nuova – come tale vietata e, perciò, inammissibile sia in primo grado che in appello – quella conseguente al sopravvenuto mutamento della pretesa di accertamento del contratto di compravendita del diritto di proprietà in quella di esecuzione coattiva di un contratto preliminare ai sensi dell'art. 2932 c.c., essendo le due domande diverse per "*petitum*" e "*causa petendi*": infatti, mentre la prima è diretta ad ottenere una sentenza dichiarativa, fondata su un negozio con efficacia reale, immediatamente traslativo della proprietà per effetto del consenso legittimamente manifestato, la seconda mira ad una pronuncia costitutiva, fondata su un contratto con effetti meramente obbligatori come il preliminare, avente ad oggetto l'obbligo delle parti contraenti di addivenire ad un contratto definitivo di vendita per atto pubblico o per scrittura privata autenticata".

Tuttavia, la **VI Sezione** (sottosezione 3) – con l'ordinanza n. 20177 del 3 settembre 2013 – ha inteso **riprendere l'indirizzo minoritario** (e maggiormente **risalente nel tempo**), riaffermando il principio di diritto secondo cui, nel caso in cui **l'attore, dopo aver domandato con l'atto introduttivo del giudizio una sentenza costitutiva ai sensi dell'art. 2932 c.c.** sulla base di un contratto da lui qualificato come preliminare di vendita immobiliare, formuli – rispettando le scadenze processuali previste – **la richiesta di una pronuncia dichiarativa dell'avvenuto trasferimento della proprietà** del medesimo immobile oggetto del contratto, qualificato come contratto definitivo di compravendita, è configurabile **non una "mutatio", ma una semplice "emendatio libelli"**, poichè il "*thema decidendum*" resta circoscritto all'accertamento dell'esistenza di uno strumento giuridico idoneo al trasferimento della proprietà, restando così identico nella sostanza il bene effettivamente chiesto e identica la "*causa petendi*" costituita dal contratto, del quale viene prospettata, rispetto alla domanda originaria, soltanto una diversa qualificazione giuridica. Quale argomentazione di contorno, con la pronuncia appena richiamata, è stato, altresì, evidenziato che al giudice incomberebbe l'obbligo di motivare specificamente – nel dichiarare una domanda inammissibile perché nuova – quali fatti nuovi od estranei alla materia oggetto del contraddittorio fra le parti, essa richieda

di esaminare, rispetto a quelli inizialmente prospettati e discussi nel corso del giudizio.

Parte della dottrina (R. MURONI), in **senso adesivo** a tale ultima prospettazione, ha osservato come, in realtà, in tale circostanza si sia, piuttosto, in presenza, stante il differente *petitum* immediato, a un **mero concorso di azioni per la tutela del medesimo unico diritto soggettivo alla prestazione infungibile** dell'altro contraente rimasta inadempita, che in entrambi i casi certamente non può essere tutelato da una sentenza di condanna. Ciò che **muta** è davvero **solo il tipo di provvedimento richiesto** e con esso il tipo di azione, nell'un caso di accertamento dell'intervenuto effetto traslativo, nell'altro caso costitutivo-traslativo.

Ai fini dell'ammissibile *mutatio*, anche il rapporto tra domanda ex art. 2932 c.c. e l'azione di verifica - che peraltro la Suprema Corte tende a riconoscere come unico concorso alternativo possibile in capo all'attore - è simile, là dove l'inadempimento all'obbligo di rinnovare la volontà traslativa negoziale da parte del convenuto assume pur sempre rilievo sotto il profilo del vaglio dell'interesse ad agire in via principale ex art. 216, comma 2, c.p.c., unitamente all'intervenuta contestazione dell'autenticità della scrittura da parte del convenuto. Stante l'**evidenziato conflitto giurisprudenziale**, la sua composizione è stata rimessa dalla II sezione della Cassazione alle Sezioni Unite, con un'**ordinanza del 30 gennaio 2014, n. 2096**.

Le **Sezioni Unite**, con sentenza del **15 giugno 2015, n. 12310**, hanno stabilito che la **modificazione della domanda** ammessa a norma dell'art. 183 cod. proc. civ. può riguardare **anche uno o entrambi gli elementi identificativi** della medesima **sul piano oggettivo** (*petitum e causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che per ciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Ne consegue che **deve ritenersi ammissibile la modifica, nella memoria all'uopo prevista dall'art. 183 cod. proc., della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo**.

3.2. Domanda di esecuzione in forma specifica e potere del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto. I chiarimenti delle Sezioni Unite (16 settembre 2015, n. 18131)

Controverso è il rapporto tra la **trascrizione del preliminare** e il **potere di scioglimento dal contratto riconosciuto al curatore fallimentare** dall'art. 72 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (legge fallimentare).

Più in particolare la **giurisprudenza si è interrogata** in ordine **all'esercitabilità da parte del curatore della facoltà** concessagli dall'art. 72 I. fall., **di sciogliersi dal contratto preliminare** con il quale l'imprenditore poi fallito ha promesso in vendita un immobile a un terzo, **anche nel caso in cui il terzo promissario acquirente abbia trascritto, anteriormente al fallimento, la domanda ex art. 2932 cod. civ.**, volta ad ottenere dal giudice una pronuncia costitutiva del trasferimento che tenga luogo del contratto rimasto inadempito.

Rispetto al quesito **le ipotesi** prospettabili sono due:

a) il **promissario acquirente ha proposto, prima del fallimento, la domanda di esecuzione in forma specifica** del contratto preliminare a norma dell'art. 2932 c.c., **ma non l'ha trascritto, ovvero l'ha trascritto**, a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, **ma successivamente al fallimento** del promittente venditore;

b) il **promissario acquirente ha proposto la domanda** di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare a norma dell'art. 2932 c.c., **e l'ha trascritto** a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, **prima del fallimento** del promittente venditore.

Nel primo caso la soluzione non presenta particolari problemi: il curatore, anche se il giudizio sia stato riassunto nei suoi confronti (L. Fall., art. 43) e fino a quando, in tal caso, non sia stato definito con il passaggio in giudicato della sentenza (a lui, quindi, opponibile ex artt. 2908 e 2909 c.c.), può in ogni momento efficacemente avvalersi della facoltà, di ordine sostanziale, di scegliere se subentrare oppure provocare lo scioglimento del rapporto a norma della L. Fall., art. 72.

Più complesso è il caso in cui il promissario acquirente abbia non solo proposto la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare **ma l'abbia anche trascritto prima del fallimento** del promittente venditore.

La complessa questione si articola in due sottoproblemi: da un lato, **si tratta di stabilire se**, sul piano sostanziale, il **curatore conservi o meno il potere di dichiarare lo scioglimento del contratto preliminare**; dall'altro (ove si risponda affermativamente al primo interrogativo), **quali siano, in caso di scioglimento, gli effetti sulla domanda di esecuzione in forma specifica** ex art. 2932 c.c.

Per lungo tempo ha prevalso l'opinione che il curatore del fallimento del promittente venditore rimanga titolare del potere di provocare lo scioglimento del contratto preliminare.

La trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto, a norma dell'art. 2932 c.c. e art. 2652 c.c., n. 2, **in data anteriore** alla sentenza dichiarativa, infatti, ha, in questa prospettiva, il **solo effetto di rendere opponibile** (a norma del comb. disp. L. Fall., art. 45, art. 2652 c.c., n. 2 e art. 2915 c.c., comma 2) la **domanda giudiziale** (e, per l'effetto, il processo) **al curatore**.

Sotto diversa prospettiva, si sono poste le **Sezioni Unite** nella pronuncia **n. 12505 del 7 luglio 2004**.

La sentenza critica, in particolare, l'affermazione secondo la quale la trascrizione della domanda diretta ad ottenere l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di contrarre, eseguita dal contraente *in bonis* anteriormente alla dichiarazione di fallimento, non preclude al curatore la possibilità di sciogliersi dal contratto preliminare concluso con il fallito ai sensi della L. Fall., art. 72, osservando come "l'assunto muove dal convincimento che, dopo la dichiarazione di fallimento del promittente, la domanda del promissario, anche se trascritta in precedenza, non possa più trovare accoglimento e che, pertanto, non vi sarebbero ostacoli all'apprensione, da parte del curatore, del bene promesso in vendita".

Invece, secondo le Sezioni Unite, **una volta che la domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare sia stata trascritta**, a norma dell'art. 2932 c.c. e art. 2652 c.c., n. 2, **prima della dichiarazione del fallimento**, si determinerebbe **un duplice effetto**: a) il **sussequente giudizio è opponibile al curatore**; b) la **sentenza di accoglimento**, retroagendo – ed escludendo, quindi, il bene immobile dal patrimonio del promittente venditore, poi fallito, fin dal momento della trascrizione della domanda – **impedisce al curatore** di avvalersi del potere previsto dalla L. Fall., art. 72, di provocare lo **scioglimento del rapporto**.

A fronte del nuovo orientamento avallato dalle Sezioni Unite, nondimeno **l'atteggiamento tenuto dalla stessa Corte di legittimità in epoca successiva non è stato univoco**, imponendo una nuova rimessione alle Sezioni Unite, che si sono espresse con una decisione del **16 settembre 2015, n. 18131**.

Nella sentenza i giudici di legittimità hanno affermato che secondo **una interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata**, la **norma**, come quella in tema di trascrizione delle domande giudiziali, va necessariamente **letta in modo da evitare proprio che la durata del processo possa compromettere la realizzazione di quella piena tutela, di cui la parte ha diritto di godere secondo il diritto sostanziale**.

Questi i principi fissati dall'importante arresto nomofilattico:

Il curatore in ipotesi di domanda di esecuzione in forma specifica proposta anteriormente alla dichiarazione di fallimento del promittente venditore e riassunta nei confronti del curatore – parte del giudizio L. Fall., ex art. 43, ma terzo in relazione al rapporto controverso – mantiene senza dubbio la titolarità del potere di scioglimento dal contratto sulla base di quanto gli riconosce la L. Fall., art. 72.

Ma se la domanda sia stata trascritta prima del fallimento, l'esercizio del diritto di scioglimento da parte del curatore non è opponibile nei confronti di quell'attore promissorio acquirente a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2.

Ciò che vuoi dire che la domanda ex art. 2932 c.c. – trascritta prima della iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento nel registro delle imprese – non impedisce al curatore di recedere dal contratto preliminare: gli impedisce, piuttosto, di recedere con effetti nei confronti del promissario acquirente che una tale domanda ha proposto.

Tutto ciò, naturalmente, se la sentenza è accolta ed è trascritta a sua volta.

E ciò si coniuga con l'effetto prenotativo che attua la trascrizione della domanda ex art. 2652 c.c., n. 2, il cui meccanismo pubblicitario si articola in due momenti: quello iniziale, costituito dalla trascrizione della domanda giudiziale e quello finale, rappresentato dalla trascrizione della sentenza di accoglimento.

Il giudice, pertanto, può senz'altro accogliere la domanda pur a fronte della scelta del curatore di recedere dal contratto: con una sentenza che, a norma dell'art. 2652 c.c., n. 2, se trascritta, retroagisce alla trascrizione della domanda stessa e sottrae, in modo opponibile al curatore, il bene dalla massa attiva del fallimento.

Diversamente, se la domanda trascritta non viene accolta, l'effetto prenotativo della trascrizione della domanda cessa, con la conseguente opponibilità all'attore della sentenza dichiarativa di fallimento rendendo, in tal modo, efficace, nei suoi confronti, la scelta del curatore di sciogliersi dal rapporto.

Ciò consente di mantenere inalterata la facoltà di scelta del curatore, quale espressione di un potere sostanziale che l'ordinamento con la L. Fall., art. 72, gli riconosce, ma che, nella concorrenza di determinati evenienze, non è opponibile – in caso di accoglimento della domanda in forma specifica – al promissario acquirente che abbia trascritto tale domanda anteriormente alla iscrizione della sentenza dichiarativa di fallimento del promittente venditore nel registro delle imprese.

Viene tutelato il promissario acquirente di buona fede, ma nei confronti di comportamenti opportunistici compiuti in frode rimane ovviamente integra la possibilità di azioni dall'indubbia efficacia dissuasiva, come l'azione revocatoria.

Quel che si vuol dire è che l'interpretazione si evolve in sintonia con l'evoluzione del sistema giuridico e che certi principi – assurti quasi a dogma – come quello dell'intangibilità del patrimonio del fallito al momento della dichiarazione di fallimento devono essere costantemente adeguati ad un sistema giuridico in movimento.

PARTE III - L'INVALIDITÀ

1. La rilevabilità d'ufficio della nullità: quadro d'insieme

Una delle questioni più dibattute in materia di nullità del contratto riguarda il **potere officioso della rilevabilità di tale patologia**. Fermo restando il disposto di cui all'**art. 1421 c.c.**, a mente del quale la nullità "*può essere rilevata d'ufficio dal giudice*", dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sul **coordinamento di detto principio con il principio della domanda di parte**, consacrata dagli artt. 99 e 112 c.p.c. Se è da sempre pacifico l'esercizio di tale potere nei giudizi instaurati per ottenere l'adempimento o l'esecuzione del contratto, risulta viceversa estremamente controverso il riconoscimento dello stesso, nelle ipotesi in cui l'azione proposta sia quella di **annullamento, rescissione o risoluzione del contratto**: in ipotesi di tal fatta, si è sostenuto, la rilevazione d'ufficio della nullità finirebbe con il riconoscere, di fatto, all'attore un'utilità maggiore da quella da lui richiesta, con il conseguente vizio di ultrapetizione della pronuncia giudiziale.

2. Potere officioso e principio della domanda

Si è detto che l'art. 1421 c.c. abilita il giudice a rilevare d'ufficio la nullità. Ma come si coordina tale potere, in ipotesi illimitato, con i fondamentali **principi processualciviltistici della domanda e della naturale corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato**, ex artt. 99 e 112 c.p.c., che circoscrivono il potere decisionale del giudice entro i limiti della domanda?

Detto altrimenti, il giudice deve pronunciarsi sui diritti fatti valere dalla parte e non oltre. Diversamente, l'organo giudicante svolgerebbe un'attività non dovuta e la sua pronuncia risulterebbe affetta dal c.d. vizio di ultrapetizione.

A rafforzare il carattere dispositivo del processo civile interviene la disposizione sostanziale di cui all'**art. 2907 c.c.**, che individua nella domanda di parte il presupposto della tutela giurisdizionale. Autorevole dottrina (MANDRIOLI) sottolinea l'ispirazione della disposizione *de quo* al **principio della disponibilità della tutela giurisdizionale**, che trova il suo logico coordinamento con i principi processuali di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. La disposizione civilistica chiarisce che solo il titolare del diritto è libero di chiedere o meno tale tutela, ovvero di rinunciarvi. Pertanto, l'azione della parte condiziona sia la costituzione del giudizio che la sua continuazione: se la parte non svolge determinate attività imposte dalla legge o dal giudice, il processo si estingue (artt. 306 ss. c.p.c.).

In particolare, le disposizioni processuali richiamate perimetrano i **poteri del giudice** con riguardo al tipo di azione esercitata ed al contenuto del giudizio. Con riguardo alle azioni, il giudice può esaminare le varie domande ed eccezioni, proposte dalle parti, secondo l'ordine logico che ritiene più opportuno, indipendentemente dall'ordine con il quale sono state

proposte.

Con riguardo al contenuto del giudizio, la determinazione dell'oggetto del processo spetta a chi propone la domanda (CARNACINI): il giudice deve giudicare solo sui fatti allegati o affermati nella domanda. Viceversa, è **nell'individuazione delle norme da applicare che la potestà discrezionale del giudice trova ampia espressione**, potendo lo stesso applicare al caso concreto le norme di diritto che ritiene più adeguate, secondo il principio *jura novit curia*.

2.1. I due contrapposti orientamenti giurisprudenziali

Secondo **un primo orientamento, maggioritario**, risalente agli anni '50 del secolo scorso e costantemente ribadito (Cass. civ., Sez. I, 27 aprile 2011, n. 9395; Cass. civ., Sez. II, 17 febbraio 2012 n. 2366), la norma contenuta nell'art. 1421 c.c., per ciò che concerne l'attribuzione al giudice del potere di dichiarare d'ufficio la nullità del contratto, **deve essere coordinata con il principio della domanda e della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato**, di cui, rispettivamente, agli artt. 99 e 112 c.p.c., che impediscono l'esercizio di tali poteri oltre i limiti della domanda giudiziale proposta. La rilevabilità di ufficio della nullità del contratto opererebbe quando si chiede in giudizio l'applicazione del contratto, la cui validità rappresenti un elemento costitutivo della domanda, senza che sia necessario che la parte, nei cui riguardi si domandi che il contratto nullo spieghi i suoi effetti, sollevi la relativa eccezione. Qualora, invece, non si chieda tale applicazione del contratto e la declaratoria di nullità non sia stata richiesta, mediante la proposizione della relativa azione, non può il giudice, di sua iniziativa, dichiarare la nullità del contratto.

Alla pronuncia *ex officio* **osta il principio dispositivo che presidia il processo**, per cui ogni azione è soggetta alla regola della domanda, di cui all'art. 99 c.p.c. E, si aggiunge, quando si domanda l'applicazione di un contratto nullo, è la legge stessa che respinge gli effetti che promanano da un negozio affetto da nullità assoluta. Ma il congegno del processo, basato sul principio dispositivo, esclude, con l'art. 112 c.p.c., che il giudice possa dichiarare, *ex officio*, la nullità di contratti conclusi dalle parti e dei quali non si chieda, in giudizio, l'esecuzione. Il divieto di decidere su domande non proposte si risolve in una **preclusione all'esercizio della giurisdizione** e la violazione di tale divieto dà luogo a **vizio di extrapetizione**.

L'art. 112 c.p.c. pone la domanda come limite assoluto della pronuncia del giudice. Unicamente le eccezioni possono essere oggetto di pronuncia senza apposita istanza delle parti, sempre che la legge non la richieda anche per esse, purché le stesse non oltrepassino i confini della controversia, posti e segnati dalla domanda. Esse sono ragioni di rigetto della domanda.

L'art. 1421 c.c. abilita il giudice a rilevare di ufficio la nullità del contratto, quando essa contraddice alla domanda, contrasta la pretesa attorea, ne impedisce l'accoglimento. Quando, invece, la nullità costituisce una ragione che favorisce la pretesa dell'attore, essa non può essere fatta valere dal convenuto come motivo di rigetto della pretesa avversaria e non può essere rilevata di ufficio.

La nullità del contratto resta nell'ambito della domanda proposta, e perciò può essere rilevata di ufficio, solo se si pone come ragione di rigetto della pretesa fatta valere. E ciò accade quando l'attore chiede il riconoscimento o l'adempimento di un suo diritto nascente dal contratto. Sicché, se nel giudizio si chiede l'esecuzione di un negozio nullo, il giudice, a cui spetta verificare d'ufficio la fondatezza della domanda, ove la nullità risulti dagli atti, deve rilevarla d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, indipendentemente dall'attività assertiva delle parti e da un'eccezione del convenuto. Ciò non si verifica nei casi in cui l'attore è interessato ad escludere o a rimuovere gli effetti del contratto per ragioni diverse dalla nullità (e cioè annullamento, rescissione, risoluzione), che poteva invocare e non ha invocato, e ciò poiché **il congegno del processo è basato sul principio dispositivo** ed esclude che il giudice, dinanzi al quale il negozio sia impugnato, ne possa, di sua iniziativa, *ex officio*, dichiarare la nullità, ove tale accertamento presupponga l'esercizio di un'azione diversa da quella in effetti proposta. Inoltre, qualora la domanda sia volta a far dichiarare la nullità del contratto, la deduzione di una causa di nullità diversa da quella posta a fondamento della domanda è inammissibile, e né la diversa causa di nullità può essere rilevata d'ufficio dal giudice, ostandovi il divieto di pronunciare *ultra petita*.

La domanda di nullità da una parte e le domande di annullamento, rescissione o risoluzione dall'altra sono diverse, non solo perché diverso è il *petitum* ma anche perché diversa è la *causa petendi*. Tale diversità di elementi oggettivi delle domande considerate, sostiene la

giurisprudenza maggioritaria, fa sì che la pronuncia non richiesta su una di esse non può essere emanata in luogo della pronuncia richiesta su altra domanda senza cadere nella violazione dell'art. 112 c.p.c. Pertanto, chiesta la risoluzione per inadempimento (o l'annullamento o la rescissione), il giudice non può dichiarare la nullità del negozio di cui si è richiesta la risoluzione. Quindi l'accertamento e la declaratoria della nullità del contratto non sarebbero svincolabili dalle regole del processo dispositivo.

A tale orientamento giurisprudenziale, maggioritario, **se ne contrappone un altro** (inaugurato da Cass. civ. Sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170; v. da ultimo Cass. civ., Sez. III, 7 febbraio 2011, n. 2956), che ha recepito le indicazioni della dottrina (STOLFI), contraria alle argomentazioni giurisprudenziali sopra riportate.

Si evidenzia che **anche la domanda di risoluzione**, costituente strumento giuridico per elidere gli effetti del contratto, **presuppone la validità del contratto**. Se questo è nullo, non vi sono effetti da elidere, posto che la nullità consiste nella negazione normativa delle situazioni effettuali dell'atto che ne è colpito. Anzi, si aggiunge, è assurdo ritenere che si possa risolvere un contratto per inadempimento, e magari ottenere anche la condanna al risarcimento dei danni, là dove, a causa della nullità del contratto, non vi era nessun obbligo ad adempiere. Se il giudice fa sì che tutto ciò avvenga, egli si sostituisce alla legge, a quella legge che vuole il contratto nullo privo di effetti giuridici. Pertanto, una deroga al principio dispositivo è ammissibile, in considerazione della *ratio* della nullità negoziale, posta a presidio dei valori fondamentali del sistema. Si evidenzia che, in tal senso, la rilevabilità di ufficio della nullità negoziale si pone non tanto in un'ottica autoritaria, quanto per tutelare al meglio interessi generali.

Inoltre, **la domanda di risoluzione è, anch'essa, domanda di applicazione del contratto, poiché la parte postula che il negozio sia valido** e abbia prodotto i propri effetti. **La domanda di risoluzione si basa**, con identico grado di coerenza logica e giuridica, **sulla validità del contratto**, dal quale origina il rapporto, se ne chieda la risoluzione o si esiga l'adempimento della prestazione in esso dedotta. **Domanda di risoluzione e domanda di adempimento sono risposte alternative**, che il diritto accorda alla parte di fronte alla situazione di inadempimento, **e ambedue**, mediante l'anello comune, **si congiungono alla validità ed efficacia del negozio**: lo si riscontra nella possibile conversione dell'una domanda nell'altra ex art. 1453 c.c. La sequenza logica-giuridica su cui si fonda la domanda di adempimento del contratto è la stessa di quella propria della risoluzione. In realtà, la domanda di risoluzione e quella di annullamento comportano e fanno valere un diritto potestativo di impugnativa contrattuale, facente capo all'attore e nascente dal contratto impugnato: se il contratto è nullo, quel diritto potestativo non è sorto, e deve essere rigettata la domanda che lo afferma e lo vuole realizzato tramite la pronuncia giudiziale.

Alla stregua di ciò, si osserva pienamente l'art. 112 c.p.c. quando la nullità venga rilevata dal giudice di ufficio per il rigetto della domanda di risoluzione, di rescissione, o di annullamento. **Tali domande**, e non solo quella di adempimento, **pongono la questione della nullità come condizione per il loro accoglimento**. È come se ciascuna di esse venisse proposta, al giudice, con questa necessaria, immancabile, premessa: *"poiché non sussistono ragioni di nullità del contratto, propongo domanda...di adempimento, di risoluzione, di rescissione, di annullamento"* e se il giudice rileva una qualsiasi ragione di nullità del contratto, deve, per ciò solo, senza ulteriori indagini, rigettare la domanda proposta, sia di adempimento, che di risoluzione, di rescissione o di annullamento.

La domanda relativa al contratto, per l'adempimento, la risoluzione, la rescissione, o l'annullamento dello stesso, **rende necessario risolvere la questione della nullità**, ai fini della decisione di merito. Si tratta, quindi, di una questione pregiudiziale a tali domande in senso logico-giuridico, concernente, cioè, il fatto costitutivo che si fa valere in giudizio.

Pertanto, la *quaestio nullitatis* condiziona anche la decisione delle domande di risoluzione, di rescissione e di annullamento, in quanto la validità del contratto costituisce un presupposto comune, sia nella domanda di adempimento, sia in quella di risoluzione, di rescissione, o di annullamento. La **dottrina** (MASSETANI) aggiunge che la **nullità del contratto deve essere rilevata d'ufficio tutte le volte che la parte intende utilizzare, nel processo, come valido il contratto nullo**, e non vi è dubbio che chi chiede l'annullamento, la risoluzione o la rescissione di un contratto vuole utilizzare come valido o comunque efficace il contratto stesso. In quanto presupposto della domanda di annullamento, rescissione, risoluzione del contratto, il rilievo incidentale e d'ufficio della nullità non viola l'art. 112 c.p.c., e cioè l'accertamento della

nullità attiene alla domanda di parte.

E, si aggiunge, la sentenza che dichiara nullo un contratto per un motivo di nullità diverso rispetto a quello allegato corrisponde, pur sempre, alla domanda proposta, poiché restano invariate la *causa petendi* (l'inidoneità del contratto a produrre effetti) ed il *petitum* (la declaratoria di nullità).

Sembra che la posizione della dottrina, secondo cui la nullità del contratto va rilevata d'ufficio anche nelle cause di impugnative contrattuali, sia difficilmente contrastabile. Essa non pone la nullità del contratto nell'ambito delle eccezioni, ma in quello della domanda. Riconosce, però, che **tale nullità inerisce non solo alla domanda di adempimento del contratto, ma anche, necessariamente**, a quelle di **risoluzione**, di **rescissione**, di **annullamento** (così FRACASSA).

La questione di nullità è sempre presente nel giudizio di adempimento, di risoluzione, di rescissione e di annullamento del contratto stesso. Pertanto, non si deborda dai temi posti con tali domande quando la nullità venga rilevata d'ufficio ai sensi dell'art. 1421 c.c.

Occorre, poi, anche tener conto che la giurisprudenza comunitaria (Corte Giust., Sez. IV, 4 giugno 2009, C-243/08) si è pronunciata per la rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione, prevedendo che il giudice nazionale debba esaminare d'ufficio la natura abusiva di una clausola di un contratto stipulato tra professionista e consumatore a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine. Se egli considera abusiva una siffatta clausola, non la applica, tranne nel caso in cui il consumatore vi si opponga.

Tale ricostruzione, inoltre, troverebbe ulteriore **conferma nell'art. 1419 c.c.**: la giurisprudenza (Cass.13 giugno 2008, n. 16017) ha ammesso la **rilevabilità d'ufficio della nullità parziale** nell'ipotesi in cui sia stata domandata la nullità totale del contratto, non ravvisando in tal caso la violazione del principio ex art. 112 c.p.c.

3. La pronuncia incidentale sulla nullità

Nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale minoritario, si registra un'ulteriore questione controversa. Ci si chiede se, rigettata la domanda di risoluzione, annullamento o rescissione del contratto, per effetto della rilevata **nullità del contratto**, **l'accertamento** di quest'ultima sia **idoneo a passare in giudicato**.

Secondo **una prima ricostruzione** (GRASSO), rilevare d'ufficio la nullità non significa dichiararla, ma **conoscere incidentalmente la questione per rigettare la pretesa dell'attore**. Ne consegue che la nullità del contratto rilevata d'ufficio dal giudice spiega i suoi effetti solo all'interno del giudizio in cui viene dichiarata. Tale ricostruzione troverebbe fondamento nel combinato disposto degli artt. 1421 c.c. e 34 c.p.c., in base al quale le questioni pregiudiziali sono decise con piena efficacia di giudicato solo quando vi sia domanda di parte.

Secondo **altra tesi** (STOLFI), invece, l'art. 1421 c.c. sarebbe da correlare con l'art. 2907, co. 1, c.c., secondo il quale il giudice, nei casi tassativamente previsti dalla legge, è tenuto a pronunciarsi **con pieno effetto di giudicato**.

La giurisprudenza di legittimità (Cass. 22 marzo 2005, n. 6170) ha preso posizione sul punto partendo dall'analisi della **natura della pregiudiziale di nullità**, ponendosi il problema se la stessa integri un'ipotesi di **pregiudizialità logica o di pregiudizialità tecnica** (la differenza tra le due tipologie di pregiudiziali la si deve a SATTA, *Nuove riflessioni sugli accertamenti incidentali*, in *Foro Italiano*, 1948, I, c. 66).

La **pregiudiziale in senso tecnico** indica "una situazione che, pur rappresentando un presupposto dell'effetto dedotto in giudizio, è tuttavia distinta ed indipendente dal fatto costitutivo sul quale si fonda tale effetto". La pregiudiziale **in senso logico** "indica il fatto costitutivo del diritto che si fa valere davanti al giudice, o, come si sostiene in dottrina, il rapporto giuridico dal quale nasce l'effetto dedotto in giudizio (ad esempio la compravendita rispetto alla richiesta di pagamento del prezzo della cosa venduta)".

La distinzione assume rilievo, dato che **l'art. 34 c.p.c.**, in virtù del quale il giudice si pronuncia con efficacia di giudicato sulle questioni pregiudiziali solo quando vi è un'espressa previsione di legge o una domanda di parte, sarebbe **applicabile solo alle pregiudiziali in senso tecnico**. Dunque, con riguardo alla pregiudiziale in senso logico, l'efficacia del giudicato coprirebbe anche l'accertamento che si pone come premessa alla decisione finale.

4. Le Sezioni Unite nel 2014 risolvono il contrasto

Orbene, dopo un primo intervento delle Sezioni unite, con pronuncia 4 settembre 2012, n. 14828, il massimo organo della nomofilachia si è nuovamente pronunciato nel 2014 (sentenze del 12 dicembre, nn.26242 e 26243).

Secondo quest'ultima decisione Unite indipendentemente dalla diversa tipologia (assoluta, relativa, strutturale, virtuale, di protezione, etc.), **tutte le nullità** sarebbero **accomunate dalla comune qualificazione giuridica negativa di atti che si pongono in contrasto con gli interessi generali dell'ordinamento**.

Affermato, dunque, il potere (*rectius*, il dovere/obbligo) giudiziale di rilevare d'ufficio la nullità di qualsivoglia tipologia, la S.C. individua un **limite di ordine processuale** all'esercizio di tale potere: quello della c.d. "**ragione più liquida**".

In buona sostanza, **conformemente** al principio costituzionale di **cui all'art. 111 Cost.**, il giudice può e deve **trovare la soluzione che gli permetta la più agevole** (e quindi **rapida**) **soluzione del processo**: pertanto, se un giudice che ha un dubbio circa la sussistenza di una nullità individua immediatamente una ragione (ad es. la prescrizione) che gli consentirebbe di risolvere con sicurezza e celerità l'intera controversia senza affrontare una – per ipotesi – complicata istruttoria necessaria per rendersi conto della esistenza o meno di tale nullità, non è tenuto a rendere edotte le parti di questo suo dubbio (se infatti lo facesse andrebbe contro il principio del risparmio delle energie processuali proprio della ricerca della "ragione più liquida").

Sulla base delle esposte premesse le Sezioni Unite passano ad esaminare le **diverse questioni relative alla applicabilità del principio di rilievo officioso** alle impugnative contrattuali diverse dal giudizio risolutorio (per inadempimento) o di adempimento.

In particolare, la S.C., superando le perplessità delle Sezioni Unite del 2012, afferma che il **potere di rilevanza d'ufficio della nullità** deve essere esteso **anche** alle ipotesi in cui sia **proposta azione di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, di annullamento o di rescissione**.

La questione non è di poco conto.

Ed infatti, mentre il contratto risolubile (per inadempimento) è un negozio valido ed efficace, con riferimento ad esso discorrere di efficacia o di validità quale presupposto dell'azione è sostanzialmente indifferente; se però il discorso si allarga alle altre ipotesi di impugnazione del contratto, cioè all'annullamento ed alla rescissione, sostenere che il rilievo d'ufficio della nullità abbia la funzione di contrastare un'azione che poggia sull'efficacia ovvero sulla validità del contratto implica rilevanti conseguenze.

In particolare ove si ritenga che lo scopo del rilievo officioso sia quello di resistere a domande che assumono il contratto come valido, dovrebbe necessariamente concludersi per l'esclusione della rilevanza d'ufficio nelle ipotesi di rescissione ed annullamento che presuppongono comunque dei vizi genetici di un contratto, i cui effetti vengono rimossi *ex tunc* dalla sentenza di accoglimento (il contratto annullabile o rescindibile, infatti, pur invalido ab origine produce effetti finché la sua efficacia non venga rimossa *ex tunc* dalla sentenza che accerti la causa di invalidità).

Se, al contrario, si identifica la funzione della rilevanza d'ufficio della nullità in un presidio, posto dall'ordinamento, contro l'eventualità che si attribuisca efficacia ad un atto che conseguenze non ne ha prodotte né potrebbe sortirne – non solo tra le parti, ma anche nei confronti dei terzi – allora la conclusione a riguardo delle azioni di annullamento e rescissione deve cambiare di segno, rendendo possibile un trattamento unitario del rapporto tra azione di nullità e azioni di impugnazione del contratto.

Le Sezioni Unite, accogliendo la seconda tesi, affermano in sostanza che **poiché la nullità è comminata per l'utilità generale, è interesse dell'ordinamento** che un **contratto affetto da nullità non produca effetti, neppure menomati**, né tra coloro che ne sono parte né rispetto ai terzi; per questa ragione l'organo giurisdizionale deve rigettare, attraverso il rilievo d'ufficio (e la successiva dichiarazione) della nullità, le azioni che postulino ed implicino una qualche efficacia del contratto (RIZZO).

Per analoghe ragioni, con un *obiter dictum*, le Sezioni Unite affermano che la **rilevazione officiosa** non è **neppure preclusa nella ipotesi in cui il giudizio abbia per oggetto l'accertamento di una nullità diversa da quella concretamente rilevata** (disattendendo così il precedente consolidato orientamento, che in senso contrario da un lato paventava il rischio di una perdita di terzietà del giudice, il quale individuando l'esatta causa di nullità

rilevante nella fattispecie avrebbe di fatto affiancato e coadiuvato l'attore nell'azione in giudizio, e dall'altro configurava la dichiarazione di nullità per una causa diversa da quella prospettata come una vera e propria sostituzione d'ufficio della domanda di parte); ciò **pure nella ipotesi in cui sia dedotta una nullità parziale**, mentre **oggetto del rilievo officioso** è la nullità **dell'intero contratto**.

Ad un **sovertimento del progresso orientamento** le Sezioni Unite pervengono **pure** con riferimento all'ipotesi inversa, ossia nel **caso in cui sia dedotta una nullità dell'intero contratto ed il giudice ravvisi invece una nullità parziale**.

In tale ipotesi l'orientamento giurisprudenziale consolidato considerava la domanda di nullità parziale ricompresa nella domanda di nullità totale, in osservanza alla regola, logica ancor prima che giuridica, che ove sta il più è compreso il meno.

Con la pronuncia in commento la S.C. osserva di contro che la **nullità parziale produce effetti differenti dalla nullità dell'intero contratto, talché le due domande** - nullità parziale e totale - **non** sarebbero **differenti solo sul piano quantitativo**, ma anche **qualitativo**. La domanda di nullità totale, infatti, mira alla caducazione del rapporto contrattuale, mentre la domanda di nullità parziale mira, al contrario, alla sua conservazione. Con l'ulteriore conseguenza che se il giudice, a fronte di una domanda di nullità totale, dichiarasse sic et simpliciter la nullità di una singola clausola, incorrerebbe nel vizio di ultrapetizione della pronuncia. Nel caso in esame, pertanto, il giudice dovrà rilevare d'ufficio la nullità della singola clausola, sottoporla al contraddittorio delle parti, pervenendo alla relativa declaratoria (sempre che, ovviamente, non ritenga fondata la domanda di nullità del negozio in generale) solo in caso di estensione della domanda medesima. In caso contrario - qualora, cioè, le parti dovessero insistere nell'originaria domanda di nullità generale -, il giudice dovrà limitarsi a rigettarla, senza dichiarare la nullità parziale.

Da ultimo, per quanto di interesse, le Sezioni Unite si interrogano in ordine alla **rilevabilità officiosa della conversione del negozio nullo**; in particolare, secondo un orientamento giurisprudenziale, detta rilevabilità dovrebbe essere ammessa, posto che ove il giudice dichiari la nullità del contratto, le parti resterebbero spogliate della facoltà di avvalersi dell'art. 1424 c.c., vedendosi così precluso il risultato di conseguire l'assetto di interessi dapprima divisato. Ad avviso delle Sezioni Unite l'argomentazione, pur suggestiva, non può essere condivisa. I **poteri officiosi di rilevazione di una nullità negoziale**, difatti, **non possono estendersi alla rilevazione** (non più di un vizio radicale dell'atto, ma anche) di una **possibile conversione del contratto in assenza di esplicita domanda** di parte. È decisivo, in tal senso, il dato testuale dell'art. 1424 c.c., a mente del quale il contratto nullo può (non deve) produrre gli effetti di un contratto diverso. La rilevazione della eventuale conversione, difatti, esorbiterebbe dai limiti del potere officioso di rilevare la nullità (i.e. di rilevare la inattitudine genetica dell'atto alla produzione di effetti), ma si estenderebbe, *praeter legem*, alla rilevazione di una diversa efficacia, sia pur ridotta, di quella convenzione negoziale. Soluzione del tutto inammissibile, in mancanza di un'istanza di parte, poiché in tal caso è di una dimensione di interessi soltanto individuali che si discorre, diversamente che per la nullità *tout court*.

Infine, la Suprema Corte risponde al quesito sollevato dall'ordinanza del luglio 2013, relativo alla **formazione del giudicato implicito sulla validità del contratto nell'ipotesi in cui le domande di impugnativa contrattuale siano decise nel merito**.

Per l'esame di queste tematiche, di rilevante delicatezza ed importanza pratica, si rinvia al *vademecum* contenuto nel par.7.3. della sentenza e può estrinsecarsi nel principio secondo il quale **la rilevazione d'ufficio**, l'espresso accertamento e la **dichiarazione della nullità del contratto**, sono **sufficienti**, anche in assenza di una domanda espressa delle parti, alla **formazione** dell'effetto di **giudicato** sulla nullità negoziale, con effetto sia interno (nel caso di omessa specifica impugnazione) che esterno, al giudizio in corso.

Ove alla rilevazione non segua la dichiarazione di nullità, si forma il giudicato implicito sulla non nullità del contratto.

Nel caso in cui non sia **nemmeno rilevata la causa di nullità**, la pronuncia è **idonea in linea generale alla formazione del giudicato implicito sulla validità (oppure non nullità) del negozio, salvo che il giudice decida** sulla domanda - di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione - in base a una **ragione più "liquida"**.

5. Sul giudicato implicito la Corte di Giustizia contraddice le Sezioni Unite

Si è visto in precedenza che **le Sezioni Unite del 2014** hanno stabilito che **ove alla rilevazione non segua la dichiarazione di nullità**, si forma il **giudicato implicito** sulla **non nullità** del contratto. Nel caso in cui non sia nemmeno rilevata la causa di nullità, la pronuncia è idonea in linea generale alla formazione del giudicato implicito sulla validità (oppure non nullità) del negozio, salvo che il giudice decida sulla domanda – di adempimento, risoluzione, annullamento, rescissione – in base a una ragione più "liquida".

Sul punto occorre registrare un **diverso punto di vista** da parte della **giurisprudenza comunitaria**.

In particolar modo Corte di Giustizia, **18 luglio 2007, C-119/05**, ha stabilito che il **diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione** del diritto nazionale, **come l'art. 2909 c.c.**, volta a sancire il **principio dell'autorità di cosa giudicata**, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione **impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario** e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva. Più precisamente, l'autorità di cosa giudicata che il diritto nazionale riconosce ad una sentenza divenuta definitiva non può costituire un ostacolo ai poteri riconosciuti dall'ordinamento comunitario alla Commissione. Ulteriore conferma della prevalenza delle norme contenute nel trattato in materia di aiuti di Stato è data dalla qualificazione di queste da parte dei giudici comunitari come disposizioni di ordine pubblico.

Più di recente il giudice eurounitario ha ribadito il principio con riferimento ad un **contratto integrante aiuti di stato** (e come tale da considerare invalido secondo la legislazione europea) sul quale era **intervenuta una sentenza** (nel caso di specie tedesca dell'*Örgerlandesgericht*, Tribunale regionale superiore di Hamm) **passata in giudicato** in cui era stata dichiarata la "permanenza in vigore" del medesimo, **senza** tuttavia, **occuparsi**, né in via principale, né in via incidentale, sul **carattere di aiuto di Stato**.

La **Corte di Giustizia** (11 novembre **2015**, causa c-505/14), applicando la propria giurisprudenza costante, conclude nel senso che contrasta con il principio di effettività del diritto comunitario una norma nazionale sull'autorità del giudicato se si tratta di una controversia che non ha lo stesso oggetto e che non ha riguardato il carattere di aiuto di Stato. Si **nega** pertanto **l'esistenza di un giudicato implicito se si verte in tema di aiuti di Stato**.

Come opportunamente rilevato (SPINACI) emerge chiaramente che **quanto espresso dalle Sezioni Unite** nel 2012, e ancor di più nel 2014 nelle sentenze gemelle, **non sia in linea** con il *dictum* della **pronuncia europea**.

Laddove all'interprete si ponga il problema di **giudicato 'implicito'** in materia di **nullità contrattuale** relativamente a rapporti che involgano **aiuti di Stato** questo dovrà essere **risolto secondo il principio sancito dalla Corte di Giustizia**.

In sostanza non potrà **mai considerarsi avvenuta la formazione del giudicato 'implicito'** derivante da una controversia che **non** abbia avuto ad **oggetto** la questione della **validità del contratto** relativamente alla materia degli **aiuti di Stato**.

La necessità di una **preminenza della legislazione europea** e dell'applicazione del principio di effettività (**anche**) **in campo processuale** è altresì confermata da due recenti sentenze del giudice comunitario.

In una **prima sentenza** (c.d. Aziz 14 marzo 2013, causa C-415/11) ha dichiarato che la **direttiva comunitaria osta a una normativa nazionale che non permette** al giudice del merito che sia investito della questione dell'abusività di una clausola, nel caso di contemporanea pendenza di un procedimento di esecuzione, di **adottare misure provvisorie** per garantire l'efficacia della sua decisione.

In un'altra (c.d. Zambrano 16 febbraio 2016, causa 49/14), invece, ha stabilito che al **giudice nazionale** è imposto il **rilievo dell'abusività anche in sede esecutiva**.

6. La Cassazione allarga le maglie della rilevabilità d'ufficio della nullità anche in caso di domanda di risarcimento del danno

In una **sentenza del 2016** (23 giugno, n. 12996), la Suprema Corte ha dato **continuità** all'insegnamento delle **Sezioni Unite del 2014**, giudicandone (al punto 4.4) apertamente condivisibile la ricostruzione e la *ratio* che è sottesa al rilievo officioso della nullità negoziale.

Nel caso di specie è stata **respinta la richiesta risarcitoria** avanzata da un cliente avverso un **odontotecnico** per le **cure odontoiatriche** da questo apprestate. La Suprema Corte, facendo applicazione dell'autorevole precedente, ha dichiarato **nullo il contratto**, perché **violativo di una norma imperativa** (ossia l'art. 11 R.D. 31 maggio 1928, n. 1334 sulla disciplina delle arti ausiliarie delle professioni sanitarie) che vieta ad un odontotecnico di svolgere attività di cura diretta sul paziente.

A giudizio della Corte, infatti, poiché **la pretesa** azionata trova comunque **nel contratto** "il proprio indefettibile **presupposto**" (4.4, cit.), è dato estendere l'obbligatorietà della rilevazione *ex officio* della nullità conseguente alla violazione del citato art. 11 R.D. n. 1334/1928.

Anche in questa circostanza, quindi, la Corte dei diritti motiva il proprio ragionamento adottando uno schema assimilabile al periodo ipotetico di primo tipo: posto che l'insussistenza di ragioni di nullità costituisce il fondamento di base sotteso a ogni domanda di adempimento, risoluzione, rescissione, annullamento, ne deriva quale inevitabile conseguenza che la questione di nullità costituisce una pregiudiziale logico-giuridica per tutte le azioni di impugnativa negoziale, rispetto alla pronuncia giudiziale, nonostante le differenze strutturali tra loro intercorrenti.

Di conseguenza, **anche l'azione di risarcimento** proposta disgiuntamente da quella di risoluzione impone sul giudicante il dovere di **valutare** l'eventuale **sussistenza di cause di nullità**, in tal caso rilevandole in via officiosa.

7. La nullità di protezione. Profili generali.

Si è riferito nel par.7 che nel 2014 le Sezioni Unite abbiano esteso **anche alla nullità di protezione** il potere del **giudice di rilevarla d'ufficio**.

Per meglio comprendere il *dictum* sul punto del giudice della nomofilachia, esaminiamo brevemente le **caratteristiche** di questa ipotesi particolare di invalidità, partendo dalla **genesi della sua introduzione** nel nostro tessuto ordinamentale.

Orbene, alla luce dei copiosi interventi normativi susseguitisi a partire dagli anni '90, sotto **l'influenza** preponderante del **diritto comunitario**, possiamo con certezza affermare che la nullità non costituisce più una categoria unitaria ed omogenea. Si è assistito, infatti, ad una progressiva frantumazione della stessa ed al proliferare di variegata tipologie di nullità, fenomeno che può essere efficacemente sintetizzato richiamando la nota formula del passaggio **"dalla nullità alle nullità"**. Ciò nel nostro ordinamento è stato reso possibile dal dettato dell'art. 1418, co. 3, c.c., il quale statuendo che il *"il contratto è nullo negli altri casi stabiliti dalla legge"* rimette, sostanzialmente, alla valutazione discrezionale del legislatore il ricorso allo strumento della nullità. È agevole osservare che le scelte legislative si sono orientate sempre più spesso a sanzionare con la nullità fattispecie (che tradizionalmente sarebbero state incasellate nell'ambito dell'annullabilità) in cui viene in rilievo la violazione di una norma posta a tutela della parte versante in condizioni di debolezza contrattuale.

Più precisamente, in tali casi **l'interesse tutelato** ha, comunque, **carattere generale**, solo che, invece di essere trascendente rispetto alla posizione dei contraenti è immanente alla sfera di uno di essi. Alle norme *de quibus* è, dunque, sotteso l'interesse pubblico alla protezione di soggetti, che, in considerazione del gruppo sociale di appartenenza, sono ritenuti particolarmente esposti al rischio della perpetrazione di abusi da parte degli operatori *"forti"* del mercato. Si parla, a riguardo, di norme di ordine pubblico di protezione.

Fino ad un recente passato simili previsioni erano ritenute di carattere eccezionale, ovverosia derogatorie del principio in virtù del quale la violazione di una norma posta a tutela dell'interesse di un singolo contraente dà luogo ad annullabilità o a responsabilità precontrattuale. Di conseguenza, **si giungeva alla conclusione** che la **nullità di protezione** dovesse essere **necessariamente testuale**.

L'orientamento, attualmente, prevalente invece ritiene configurabile anche la nullità di protezione virtuale, muovendo dall'assunto che la **tutela del consumatore**, nell'ambito di negoziazioni in cui l'interlocutore sia un professionista, è assurta nel nostro ordinamento giuridico a rango di **principio generale**. Quindi, in virtù dell'art. 1418, co. 1, c.c., che sancisce la nullità del contratto contrario a norme imperative "salvo che la legge disponga diversamente", possiamo affermare che la violazione di una norma di ordine pubblico di protezione è naturalmente assistita dalla sanzione della nullità del contratto, sempre che il legislatore non preveda espressamente un rimedio alternativo.

Procediamo, pertanto, ad esaminare **taluni aspetti caratterizzanti il regime della nullità** di protezione, considerando come archetipo proprio l'art. 36.

Una volta acquisito che le nullità di protezione (testuali o virtuali) tutelano l'interesse particolare della parte debole del contratto sarà agevole comprendere la **scelta legislativa di riconoscere in molti casi al solo consumatore la legittimazione a far valere detta nullità**.

L'art. 36, in particolare, recita testualmente che *"la nullità opera soltanto a vantaggio del consumatore"*. L'espressione utilizzata, in realtà, ben si presta ad essere equivocata, in quanto apparentemente sembrerebbe riferirsi esclusivamente al profilo sostanziale, non prevedendo *expressis verbis* una legittimazione processuale del solo consumatore (al contrario degli artt. 2 del d. lgs. n. 122/2005 o dell'art. 127, co 2, del d. lgs. n. 385/1993, o, ancora dell'art. 167 del codice delle assicurazioni private di cui al d. lgs. n. 209/2005, che fanno esplicitamente riferimento alla possibilità, per il solo consumatore, cliente, assicurato o beneficiario di fare valere la nullità). Sulla base di quest'ultima considerazione, **parte della dottrina** ha riconosciuto **ad entrambe le parti la piena legittimazione a far valere la nullità**, adducendo a sostegno dell'assunto anche la convinzione che la **normativa** sia finalizzata alla **tutela** non solo del **consumatore**, ma più in generale del **mercato**.

A ben vedere, però, **i rilievi svolti da tale orientamento sono tutt'altro che condivisibili**.

In primo luogo, si può obiettare che, come si è già avuto modo di vedere, tra l'aspetto sostanziale e quello processuale vi è una chiara concatenazione, nel senso che anche se la norma tutela l'interesse sostanziale del consumatore a non subire condotte di approfittamento della controparte "forte", è inevitabile che da essa discenda anche il corollario della legittimazione riservata. In secondo luogo, non pare seriamente dubitabile che l'interesse pubblico tutelato dalla normativa *de qua* sia coincidente con l'interesse particolare del consumatore.

Si è, inoltre, esclusa la legittimazione in capo ad un terzo, ivi comprese le associazioni rappresentative dei consumatori ex artt. 37 e 140 cod. consumo, che agiscano a vantaggio del consumatore. Nel nostro ordinamento, infatti, l'istituto della sostituzione processuale ha carattere eccezionale, con la conseguenza che ad un soggetto è consentito agire in giudizio per la tutela dell'interesse altrui solo in presenza di una espressa previsione normativa.

Si è, poi, posta la **diversa questione se sia legittimato a far valere la nullità il terzo il cui interesse è tutelato dal contratto**, si pensi ad un datore di lavoro che stipuli una polizza antinfortunistica a favore dei propri dipendenti. È necessario, a riguardo, chiarire che l'art. 36 non presuppone che il consumatore sia parte formale del contratto. Dunque, nell'esempio surriferito, è evidente che il lavoratore dipendente, lungi dall'essere un terzo, ha la legittimazione ad agire in quanto consumatore, ovvero sia soggetto che agisce per scopi estranei alla professione eventualmente svolta, e il cui interesse sostanziale è tutelato attraverso la stipulazione contrattuale. Ovviamente, il consumatore che fa valere in giudizio la nullità deve, in ogni caso, dimostrare di avere ex art. 100 c.p.c un interesse attuale e concreto ad agire.

7.1. (segue): la rilevanza d'ufficio della nullità di protezione secondo il pensiero delle Sezioni Unite del 2012 e del 2014

L'art. 36 ammette, inoltre, che la nullità di protezione possa essere rilevata d'ufficio dal giudice. Come è stato, acutamente, osservato **non si tratta**, però, di **una rilevanza d'ufficio incondizionata**; al contrario essa è strettamente connessa all'interesse sostanziale del consumatore. Dunque, anche a tale previsione è sottesa una *ratio* protettiva, e cioè quella di tutelare il consumatore anche sul piano processuale, poiché la sua posizione di soggetto debole potrebbe non consentirgli di agire o eccepire la nullità della stipulazione contrattuale. In altri termini la **nullità** può e deve essere **rilevata d'ufficio** da parte del giudice, quando dalla rilevazione derivi un **esito** del processo **favorevole al consumatore**, come nel caso di rigetto della domanda del professionista o di accoglimento della domanda del consumatore; al contrario non può e non deve essere rilevata d'ufficio quando, dalla rilevazione, derivi un esito del processo sfavorevole al consumatore come l'accoglimento della domanda del professionista o il rigetto della domanda del consumatore.

In presenza di una **clausola abusiva** il **giudice** ha il **dovere** di **rilevarne d'ufficio la nullità?**

Orbene, secondo la pronuncia a **Sezioni Unite del 4 settembre 2012, n. 14828**, le uniche nullità che **si sottraevano al rilievo officioso del giudice** erano proprio quelle **per le quali fosse dettato un regime speciale**, quali le nullità di protezione in cui «il **rilievo del vizio genetico** è espressamente **rimesso alla volontà della parte**».

Questo passaggio argomentativo dell'intervento nomofilattico del 2012 era stato oggetto di **non poche critiche** da parte di **uno dei primi annotatori della sentenza** (PAGLIANTINI), notazioni che paiono essere state alla base della più articolata conclusione cui pervengono ora le Sezioni Unite del 2014.

Si era, in particolare, osservato che **la motivazione della sentenza**, sul punto, sembrava ragionare sulla premessa che, **in difetto di un'espressa previsione di legge in tal senso, le nullità di protezione incompleta** sarebbero state **sprovviste di una rilevabilità officiosa**; e questo avrebbe condotto, da un lato, ad **esiti argomentativi incongrui** (poiché, queste erano le esemplificazioni proposte per rendere conto della consistenza del problema, in relazione alla presenza, o meno, di un'esplicita previsione di rilevabilità officiosa della nullità, il giudice avrebbe potuto rilevare il difetto di forma di un contratto bancario, in relazione alla disposizione dell'art. 127, comma 2o, d. legis. 10.9.1993, n. 385, mentre non avrebbe potuto rilevare d'ufficio la nullità di un preliminare di immobili da costruire nel caso in cui mancasse il rilascio di una fideiussione richiesta a pena di nullità: art. 2, comma 1°, D. Lgs. 20 giugno 2005, n. 122) e, dall'altro, avrebbe **contraddetto il carattere della rilevabilità officiosa** che la dottrina sarebbe ormai incline ad affermare quale tratto comune alle **nullità di protezione**, sulla base di un'interpretazione della **norma racchiusa nell'art. 36, comma 3°, cod. cons.** suscettibile di **assumere portata generale**, nell'ambito del sottosistema del diritto dei contratti dei consumatori.

Al contrario, le Sezioni unite del 2014 (nn.24672 e 24673) hanno **rifiutato** le **tesi che limitano la funzione** delle c.d. **nullità di protezione** alla **salvaguardia di interessi particolari**, seppure rilevanti, osservando che dette nullità sono, invece, funzionali nel contempo alla tutela di un interesse tanto generale (l'integrità e l'efficienza del mercato, secondo l'insegnamento della giurisprudenza europea) quanto particolare/seriale (quello di cui risulta esponenziale la classe dei consumatori o dei clienti). Pertanto il **potere del giudice di rilevare la nullità, anche in tali casi, è essenziale al perseguimento di interessi** che possono addirittura coincidere con valori **costituzionalmente rilevanti**, quali il **corretto funzionamento del mercato** (art. 41 Cost.) e l'**uguaglianza** quantomeno formale **tra contraenti forti e deboli** (art. 3 Cost.: si pensi alla disciplina antitrust, alle norme sulla subfornitura che sanzionano con la nullità i contratti stipulati con abuso di dipendenza economica, alle disposizioni sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, che stabiliscono la nullità di ogni accordo sulla data del pagamento che risulti gravemente iniquo in danno del creditore, ex D.Lgs. n. 231 del 2002), poiché lo **squilibrio contrattuale** tra le parti **altera** non soltanto i presupposti dell'autonomia negoziale, ma **anche le dinamiche concorrenziali** tra imprese.

Dunque, in aperto **disaccordo** con quanto affermato dal precedente del 2012, i **nuovi arresti nomofilattici** hanno attribuito **al giudice il potere di rilievo officioso della nullità di protezione, precludendo** peraltro – in **difetto di una specifica domanda della parte debole** all'esito della rilevazione – la conseguente **declaratoria**.

Il **giudice**, pertanto, dovrà **indicare d'ufficio** alle parti il **vizio di nullità** di protezione; **solo la dichiarazione della parte protetta di volersi avvalere** del rimedio autorizzerà il giudice ad accertare e **dichiarare la nullità** del contratto o della clausola abusiva.

Quest'ultima **soluzione** è fatta **condivisa** anche dalla **giurisprudenza comunitaria**. In particolar modo la sentenza **4 giugno 2009, n. C-243/08** ha precisato come il **giudice nazionale non possa disapplicare la clausola abusiva qualora il consumatore**, dopo essere stato a tal fine **avvisato** da detto giudice, **non intenda invocarne la natura abusiva**. In sede di commento parte della **dottrina** (PAGLIANTINI) ha criticato la sentenza laddove afferma che la **natura delle nullità di protezione** vede **l'interesse privato tutt'uno con le regole di un mercato concorrenziale** improntato a correttezza, regole per le Sez. Un. costituzionalizzate ai sensi degli artt. 3 e 41 Cost. Se infatti – si rileva – la finalità di protezione è per così dire collettivizzata, perché **tutelando l'interesse del singolo consumatore è garantita la protezione di un interesse generale**, trasfuso in «valori costituzionalmente rilevanti», si instilla il sospetto che una **nullità virtuale di protezione ex art. 1418, comma 1°, cod. civ.** abbia più di una ragione d'essere. Infatti, il giudice che commina la nullità, in

quest'ordine di idee, persegue interessi di rango costituzionale e frena il prodursi di un danno all'integrità ed efficienza del mercato.

7.2 La nullità di protezione nell'ambito della disciplina dei contratti di investimento.

Accanto alla nullità di protezione (che opera evidentemente in una fase successiva alla conclusione del contratto), altro rimedio, predisposto in via preventiva dalla legislazione a protezione della parte *debole* del rapporto obbligatorio, è rappresentato dalla chiarezza del testo contrattuale che il professionista sottopone al consumatore.

Proprio perché la *ratio* della legislazione consumeristica è quella di rimediare a uno **squilibrio informativo**, l'art.35 del codice del consumo stabilisce che il professionista deve formulare le clausole contrattuali *"in modo chiaro e comprensibile"*.

Tale disposizione esplicita il principio del *clare loqui*, già sotteso all'art. 1341 c.c., il quale, come è noto, grava il predisponente dell'onere di **rendere conoscibile** da parte dell'aderente mediamente diligente il **contenuto delle condizioni** generali di **contratto**.

Chiarezza e comprensibilità sono termini che evocano due esigenze distinte: le clausole devono, infatti, essere redatte, da un lato, in modo non equivoco, e dall'altro devono essere espresse in una lingua conosciuta dalla controparte, risultare leggibili dal punto di vista grafico e non contenere espressioni tecniche o specialistiche il cui significato possa essere oscuro per coloro che non hanno una particolare competenza nel settore di riferimento.

In caso di dubbio sul senso di una clausola prevale **l'interpretazione più favorevole al consumatore** (art. 35, comma 2). Anche questa previsione normativa rievoca, in realtà, una disposizione codicistica, ovvero l'art. 1370 c.c. il quale statuisce che *"le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari, predisposti da uno dei contraenti si interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro"*.

Analogia disciplina è dettata dall'art. 23 del d.lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (T.U. in materia di intermediazione finanziaria): è infatti previsto che **i contratti relativi alla prestazione di servizi** di investimento e accessori siano **redatti per iscritto**, con consegna di una copia all'interessato.

L'inosservanza di tale obbligo determina la nullità del contratto, ma anche in tale ipotesi è **solo il cliente** che può **eccepirlo** (art. 23, comma 1 e 3). Anche tale forma di tutela del contraente debole, direttamente incidente sullo svolgimento del rapporto concreto, si affianca alla preesistente forma di tutela generale del mercato finanziario affidata ad una autorità amministrativa indipendente (Consob).

La disciplina dell'intermediazione mobiliare, già con la l. n. 1/1991, aveva posto in rilievo la problematica, che peraltro nel settore finanziario era avvertita già da tempo.

Indubbiamente, tra le **regole di comportamento** cui le SIM (società di intermediazione mobiliare) devono attenersi nello svolgimento della loro attività, **gli obblighi di informazione** svolgono un ruolo sicuramente centrale.

Sono disciplinati **una serie di obblighi di comunicazione** agli organi di vigilanza (Banca d'Italia, Consob) oppure degli organi di vigilanza tra di loro: la finalità è quella di consentire più efficaci controlli di stabilità e di trasparenza, sia sulla componente sociale che sull'attività di tali società.

Per **l'aspetto** più propriamente **contrattuale** (ovvero gli obblighi attinenti all'area di esperienza dei rapporti interprivati) il legislatore del 1991 ha posto a carico delle società di intermediazione mobiliare (SIM) una molteplicità di **obblighi di informazione**, che vanno dalla comunicazione di un documento informativo al cliente in modo da renderlo edotto sulle qualità dell'intermediario (art. 6 lett. b), alla comunicazione "continua" allo stesso cliente relativamente a natura, rischi ed implicazioni delle operazioni fatte per suo conto, di modo che egli possa sempre valutare adeguatamente la convenienza o meno dell'affare (art. 6 lett. e). Addirittura, l'art. 6 lett. d) prevede l'obbligo per gli intermediari di acquisire informazioni sulla situazione finanziaria del cliente, rilevante ai fini delle operazioni da compiere, e di informarsi anche sugli obiettivi di investimento dello stesso (art. 6 reg. Consob n. 5387).

L'art. 21 del d.lgs. n. 58/1998 sancisce, innanzitutto, che **l'intermediario** finanziario ha un generale **obbligo** di comportarsi con **diligenza, correttezza e trasparenza**, per servire al meglio l'interesse dei clienti, oltre che per assicurare, ovviamente, l'integrità dei mercati.

Pone, poi, a carico dell'intermediario una serie di obblighi specifici.

Ratio di tali obblighi di informazione è ovviamente quella di **tutelare i risparmiatori c.d. "inconsapevoli"** (tant'è che gran parte delle informazioni non sono dovute agli "operatori qualificati").

Secondo la prassi del settore bancario, la **conclusione del contratto quadro** si attua, al fine di rispettare i requisiti della forma e della consegna dello stesso al cliente, con la **sottoscrizione di quest'ultimo del contratto**, che resta in possesso della banca, seguita dalla consegna al cliente di un altro documento identico al primo, stavolta a firma dell'istituto di credito: in tal modo, allo scambio documentale segue la disponibilità, in capo a ciascuna parte, dell'originale sottoscritto dall'altra.

Il **contratto quadro**, che disciplina lo svolgimento del rapporto volto alla prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari, **va redatto per iscritto a pena di nullità**, deducibile solo dal cliente, secondo la prescrizione dell'art. 23, d.lgs. n. 58/98. Parimenti, il contratto di gestione di portafoglio di investimento stipulato con un intermediario deve essere redatto per iscritto a pena di nullità, ai sensi dell'art. 24, d.lgs. n. 58/98. La giurisprudenza di legittimità ha più volte ricordato che trattasi di **forma scritta a protezione dell'investitore, la quale non ammette equipollenti o ratifiche** (Cass. n. 3623/2016; Cass. n. 28810/2013). Non è pertanto idonea ad integrare il requisito formale la sottoscrizione del Documento sui rischi generali, di cui all'art. 28 Reg. Consob n. 11522/98, il quale assolve unicamente ad una funzione strumentale e propedeutica alla stipulazione del contratto di gestione e serve a rendere l'investitore più consapevole rispetto ai rischi dell'investimento e del mandato gestorio conferito all'intermediario (Cass. 19 febbraio 2014, n. 3889).

Se **l'operazione finanziaria viene compiuta in assenza del contratto quadro sottoscritto dal cliente, questa è da considerarsi nulla** per difetto di un indispensabile requisito di forma richiesto dalla Legge a protezione dell'investitore. Sicché è evidentemente da escludere che se ne possa predicare la ratifica tacita. Quando il legislatore richiede la forma scritta per meglio tutelare una delle parti del contratto, sarebbe manifestamente contraddittorio ammettere che quel difetto di forma sia rimediabile mediante atti privi anch'essi di forma scritta (così Cass. n. 7283/2013; Cass. n. 28432/2011).

7.2.1. La sottoscrizione del contratto d'investimento: è necessaria anche quella dell'intermediatore ai fini della validità? La risposta delle Sezioni Unite.

Nel precedente paragrafo si è riferito dell'obbligo di sottoscrizione del cliente del contratto quadro ai fini della sua validità.

Qui juris in caso di **assenza di sottoscrizione** del contratto da parte della **banca**?

Secondo una **prima tesi, il requisito della forma scritta** ex art. 23 TUF sarebbe **adempito mediante la sottoscrizione, da parte del solo cliente**, del modulo contrattuale contenente il contratto quadro. La cd. forma informativa sarebbe rispettata essendo soddisfatto l'interesse alla conoscenza ed alla trasparenza, o scopo informativo, cui essa è preordinata. L'altra parte del rapporto, ovvero l'intermediario finanziario, ha predisposto le condizioni generali di contratto, ponderando la rispondenza dell'accordo ai propri interessi, cui l'investitore aderisce. Non necessita pertanto di alcun tipo di tutela. Conseguentemente la sottoscrizione della banca, a differenza di quella dell'investitore, non è necessaria per il perfezionamento del contratto. In buona sostanza, la volontà dell'investitore deve essere manifestata per iscritto *ad substantiam*; quella dell'intermediario è invece consentita in ogni forma prevista dall'Ordinamento, anche attraverso comportamenti concludenti idonei a rivelare in via presuntiva l'esistenza dell'originario consenso (Cass. n. 4564/12; Cass. n. 2707/1982). Esigere allora la firma dell'intermediario pare porsi in senso contrario al dinamismo nella conclusione dei contratti finanziari e, dunque, all'efficienza dei mercati, cui in definitiva anche le nullità di protezione mirano. La conclusione della irrilevanza della firma della banca deriva pure dalla necessità, nel rispetto della ratio della norma, di evitare una lettura dell'art. 23 TUF disfunzionale ed inefficiente per il mercato finanziario, anche a fini di prevenzione di un facile uso opportunistico dello strumento formale. Come potrebbe avvenire, alla stregua di quanto nella pratica non di rado è dato riscontrare, qualora il contratto sia, dapprima, a lungo e fruttuosamente eseguito con vantaggio per il cliente, il quale, a fronte di una perdita marginale successiva, si risolva ad impugnarlo per nullità, in ragione della mancata sottoscrizione della banca, senza che a quel punto possa rilevare l'avvenuta proficua esecuzione del contratto, ove pure protratta per molti anni con reciproca soddisfazione delle parti. Si offrirebbe, così, tutela a quel contraente che,

maliziosamente abusando di una posizione di vantaggio conferita dalla legge ad altri fini, deducesse la nullità del contratto pur eseguito senza contestazioni da entrambe le parti.

In senso diametralmente opposto, recenti decisioni di legittimità (Cass. n. 5919/2016 e n. 7068/2016, assunte alle udienze del 9 e 10 febbraio 2016; Cass. n. 8395/2016; Cass. n. 8396/2016; Cass. n. 10331/2016; Cass. n. 36/2017) hanno affermato i seguenti principi di diritto: a) **l'art. 23 TUF** impone una **forma bilaterale ad substantiam**; b) la produzione in giudizio, da parte della banca, del contratto-quadro da essa non sottoscritto non è idoneo equipollente della sua sottoscrizione. In aderenza a questa interpretazione non sarebbe possibile ritenere soddisfatto il requisito per equipollente mediante la produzione del documento non firmato in giudizio, o mediante altri comportamenti concludenti posti in essere dalla banca e documentati per iscritto. La **mancata sottoscrizione del contratto quadro da parte della banca non potrebbe essere supplita dalla sua produzione in giudizio** (Cass. n. 12711/2014, n. 22223/2006; n. 8983/2003) poiché ciò ne comporterebbe il perfezionamento soltanto *ex nunc*: perfezionamento che, dunque, non varrebbe a rendere validi ordini di acquisto di strumenti finanziari precedentemente impartiti.

Stante l'evidenziato **contrasto**, la Prima Sezione Civile della Corte (ordinanza interlocutoria n. 10447 del 27 aprile 2017) ne ha rimesso la **composizione** alle **Sezioni Unite** e, con senso critico, ha segnalato le seguenti riflessioni quali corollari della seconda tesi: i) se, avendo la nullità effetti *ex tunc*, a sua volta la banca sia legittimata o no a ripetere quanto versato a favore del cliente; o se, a fronte di un uso "selettivo" della nullità, l'intermediario possa eccepire la violazione della buona fede contrattuale, e con quali conseguenze; ii) se sia ipotizzabile la convalida del contratto nullo, proprio per essere la nullità di tipo relativo, onde in ciò debba ravvisarsi uno di quei casi in cui la Legge "dispone diversamente", ai sensi dell'art. 1423 cod. civ.; iii) se, così come l'investitore può opporsi alla declaratoria di nullità (come ribadito dalle Cass., S.U. n. 26242 e n. 26243/14), specularmente egli possa già provvedere, consapevole di quella nullità, a convalidare il contratto mediante comportamenti concretamente tenuti.

Le **Sezioni Unite** hanno dato risposta al quesito con una sentenza del **16 gennaio 2018, n. 898**.

Gli Ermellini hanno così prima ripercorso dettagliatamente la giurisprudenza delle Sezioni Semplici in tema di nullità di contratti quadro sottoscritti dai soli investitori per poi formulare il principio di diritto richiesto isolando **la ratio dell'art. 23 TUF**.

La nullità ivi prevista, infatti, è, secondo la Corte, **posta nell'esclusivo interesse del cliente**, così come è a tutela dello stesso la previsione della consegna del contratto, il cui contenuto deve rimanere a disposizione dell'investitore.

È chiara dunque la finalità della previsione della nullità, che è **volta ad assicurare la piena indicazione al cliente** degli specifici servizi forniti, della durata e delle modalità di rinnovo del contratto e di modifica dello stesso, delle modalità con cui si svolgeranno le operazioni, della periodicità, contenuti e documentazione da fornire in sede di rendicontazione, considerandosi che l'investitore debba sempre poter conoscere e di poter all'occorrenza verificare nel corso del rapporto il rispetto delle modalità di esecuzione e le regole che riguardano la vigenza del contratto.

A tale proposito, secondo le Sezioni Unite, ragionando in termini generali, è possibile affermare che **nella ricerca dell'interpretazione preferibile**, siccome rispondente al complesso equilibrio tra interessi contrapposti, **ove venga istituita dal legislatore una nullità relativa**, come tale intesa a proteggere in via diretta e immediata un interesse particolare (e non generale), **l'interprete deve essere attento a circoscrivere l'ambito della tutela privilegiata nei limiti in cui viene davvero coinvolto l'interesse protetto dalla nullità**, determinandosi altrimenti conseguenze distorte o anche opportunistiche.

Per tali ragioni le Sezioni Unite, accogliendo il ricorso dell'istituto di credito e rimettendo la decisione alla Corte di Appello di Milano, hanno elaborato il principio di diritto in base al quale **il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento**, disposto dall'art. 23 d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, deve ritenersi **rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente**, ed è **sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso** ben si può **desumere** alla stregua di **comportamenti concludenti** dallo stesso tenuti.

Affermato il principio, le Sezioni Unite hanno ritenuto assorbiti gli altri motivi del ricorso ivi compresa la questione relativa alla correttezza del comportamento dell'investitore che, a fronte della nullità del contratto quadro, scelga di rilevare la conseguente nullità rispetto solo ad alcuni ordini di investimento esecutivi del primo. Ne parliamo nel paragrafo che segue.

7.2.3. Alle Sezioni Unite la questione dell'uso selettivo, da parte dell'investitore, della nullità del contratto quadro

La **nullità del contratto quadro limitata ad alcuni ordini d'investimento** era già stata **affrontata dalla prima Sezione** la quale aveva ritenuto che fosse **consentito all'investitore eccipere la nullità del contratto quadro anche limitatamente ad alcuni degli ordini di acquisto**; ciò muovendo però dal rilievo per cui il contratto quadro sottoscritto dal solo investitore non avrebbe soddisfatto l'obbligo della forma scritta ai sensi dell'art. 23 TUF (Cass. n. 8395/16).

Tuttavia, **siffatta impostazione garantistica per l'investitore** è stata **messa in discussione** da alcune **successive pronunce di legittimità** nelle quali è stato evidenziato che «l'esigenza di scongiurare uno sfruttamento "opportunistico" della normativa di tutela dell'investitore potrebbe portare la Corte, come suggerito da parte della dottrina, ad affermare la possibilità per l'intermediario di opporre l'*exceptio doli generalis* in tutte quelle ipotesi in cui il cliente (evidentemente in mala fede) proponga una domanda di nullità "selettiva", cosicché l'eccezione di dolo, concepito quale strumento volto ad ottenere la disapplicazione delle norme positive nei casi in cui la rigorosa applicazione delle stesse risulterebbe – in ragione di una condotta abusiva – sostanzialmente iniqua, potrebbe in effetti rivelarsi un'utile arma di difesa contro il ricorso pretestuoso all'art. 23 menzionato» (Cass. nn. 12388/17; 12389/17 e 12390/17).

La questione così sollevata – avente ad oggetto la possibile violazione, da parte del cliente degli artt. 1175 e 1375 c.c. e 23 TUF e la conseguente *exceptio doli* dell'intermediario per paralizzare tale uso «selettivo» della nullità del contratto quadro – è stata **ritenuta**, dalle pronunce in esame, di massima di particolare importanza e dunque **rimessa alle Sezioni Unite**.

Come riferito, però in precedenza, queste ultime si sono, però, espresse soltanto in ordine al requisito della forma scritta laddove il contratto quadro sia stato sottoscritto soltanto dal cliente (cfr. Cass. S.U. n. 898/18).

La **successiva giurisprudenza della prima Sezione** ha poi stabilito che, in materia di intermediazione finanziaria, allorché le singole operazioni di investimento abbiano avuto esecuzione in mancanza di un valido contratto quadro ex art. 23 TUF, **all'investitore che chiede la declaratoria di nullità solo per alcune di esse, non sono opponibili l'eccezione di dolo generale fondata sull'uso selettivo della nullità** e, in ragione della protrazione nel tempo del rapporto, l'intervenuta sanatoria del negozio nullo per rinuncia a valersi della nullità o per convalida di esso. L'una e l'altra sono, a detta della Corte, prospettabili solo in relazione ad un contratto quadro formalmente esistente, e non anche quando questo sia affetto da nullità per difetto della forma prescritta. Per effetto della nullità del contratto di investimento l'intermediario e l'investitore hanno, pertanto, il diritto di ripetere l'uno nei confronti dell'altro le reciproche prestazioni. Sicché è stata ritenuta legittima la compensazione tra la somma che l'investitore abbia corrisposto all'intermediario ai fini dell'investimento e la somma che l'intermediario abbia riscosso per conto dell'investitore, ed abbia corrisposto al medesimo a titolo di frutti civili (Cass. 10116/18; Cass., n. 6664/18).

La **questione è stata così rimessa nuovamente alle Sezioni Unite dalla Suprema Corte con ordinanza del 2 ottobre 2018, n. 23927**. Osserva, in particolare, la prima Sezione che la rilevanza e la delicatezza della questione (c.d. nullità selettiva), nella quale temi specifici della contrattazione finanziaria incrociano profili più generali del diritto delle obbligazioni (regime delle nullità di protezione, sanabilità del negozio nullo, opponibilità delle eccezioni di correttezza e buona fede), e la difficile ricerca di un punto di equilibrio tra le opposte esigenze, di garanzia degli investimenti operati dai privati con i loro risparmi (art. 47 Cost.) e di tutela dell'Intermediario, anche in relazione alla certezza dei mercati in materia di investimenti finanziari, inducono a rimettere la questione al Primo Presidente per l'eventuale nuova assegnazione alle Sezioni Unite.

7.4. La nullità: resta categoria unitaria?

Al termine di questa lunga analisi, condotta in questa parte della lezione, intorno alla nullità del contratto e cercando di trarre un bilancio, occorre innanzitutto riferire che **la giurisprudenza**, di fronte alla **frantumazione, sul piano disciplinare**, della tradizionale **categoria unitaria della nullità** (dovuta all'emersione di ipotesi di nullità sopravvenute, relative, di protezione, prescrivibili, sanabili, convalidabili, derivate, spurie, selettive e (DI CIOMMO)), ha risposto al dubbio circa la possibilità, ancora oggi, di **preservare e valorizzare l'unità** funzionale della categoria.

Come visto, **a difesa dell'unitarietà funzionale** della categoria della nullità si sono espresse le **Sezioni Unite della Cassazione, nel 2014**, con le sentenze 12 dicembre 2014, n. 26242 e n. 26243, che hanno affermato che tutte le nullità, e dunque anche le nullità c.d. di protezione, devono essere interpretate ed applicate in coerenza con l'unità funzionale che alla categoria della nullità deve (ancora) riconoscersi nel nostro ordinamento. E ciò in quanto: «la riconduzione ad unità funzionale delle diverse fattispecie di nullità – lungi dal risultare uno sterile esercizio teorico – consente di riaffermare a più forte ragione l'esigenza di conferire al rilievo d'ufficio obbligatorio [da parte del giudice ex art. 1421 c.c.] il carattere della irrinunciabile garanzia della effettività della tutela di valori fondamentali dell'organizzazione sociale».

Principio che è stato, tuttavia, completamente **disatteso** dalle stesse **Sezioni Unite nella sentenza 16 gennaio 2018, n. 898**, con la quale – come visto – si è affermato che il requisito della forma scritta del contratto quadro relativo ai servizi di investimento è rispettato ove sia redatto il contratto per iscritto e ne venga consegnata una copia al cliente, ed è sufficiente la sola sottoscrizione dell'investitore, non necessitando la sottoscrizione anche dell'intermediario, il cui consenso ben si può desumere alla stregua di comportamenti concludenti dallo stesso tenuti».

Si è rilevato (DI CIOMMO) al riguardo che affermando tale principio la Suprema corte sembra dimenticare che la **nullità** (come quasi sempre le accade) **svolge**, nel caso di specie, **funzioni ulteriori oltre alla funzione di protezione della parte debole del rapporto contrattuale**. Ciò in quanto **attraverso l'imposizione della forma** forte – atto scritto e consegna al cliente di una copia del contratto – nel caso di specie la legge vuole anche, per lo meno, **assicurare certezza ai rapporti bancari e finanziari** con riguardo ai contenuti, al tempo della sottoscrizione e alle responsabilità evenienti da quest'ultima. In altri termini, imponendo la forma scritta la legge, tra l'altro, obbliga i rappresentanti degli intermediari finanziari, chiamati a firmare i contratti con i clienti, ad assumersi ogni relativa responsabilità, nei confronti dei terzi e nei confronti dello stesso istituto a nome del quale essi firmano, e ciò anche, più in generale, a tutela del mercato.

Non a caso, del resto, l'art. 21 d.leg. n. 58 del 1998 (c.d. t.u.f.) stabilisce espressamente che nella prestazione dei servizi di investimento i soggetti abilitati devono comportarsi «con diligenza, correttezza, trasparenza, nell'interesse dei clienti», ma anche – e qui è il punto trascurato dalla recente sentenza secondo il pensiero in esame – **«per l'integrità dei mercati»**.

Inoltre, va considerato che **se la legge** – che già attribuisce al solo cliente la possibilità di far valere in giudizio l'invalidità del negozio (art. 23, 3° comma, t.u.f.) – avesse voluto **consentire alle parti di sanare la nullità in parola, avrebbe utilizzato l'istituto dell'annullabilità, piuttosto che quello della nullità**. Dunque, anche l'argomento – utilizzato dalla corte – che fa perno sull'esecuzione del contratto per ritenere provato l'accordo – non coglie nel segno, ed anzi finisce per rivelare l'intrinseca debolezza dell'impianto motivazionale della pronuncia in parola, che confonde due diversi elementi essenziali della fattispecie (ex art. 1324 c.c.), e cioè l'elemento della forma richiesta ad substantiam e quello dell'accordo.

In definitiva, **sostenere**, come fanno le Sezioni Unite con la sentenza 898/18, che, quand'anche la legge richieda – a pena di nullità – la forma scritta per un contratto, questo può essere sottoscritto da una sola parte, vuol dire **valorizzare una certa** (pure, in vero, opinabile) **funzionalizzazione del requisito della forma** e allo stesso tempo **negare in radice il concetto e la funzione unitaria della categoria della nullità**.

Tale conclusione – si ravvisa (DI CIOMMO) – non **collide** solo con quanto stabilito dalle **Sezioni unite del 2014**, ma anche con la **legge**, visto che il t.u.f. non prevede, sotto il profilo in parola (cioè riguardo alla forma del contratto), **alcuna deroga all'applicazione della**

disciplina codicistica in materia di nullità negoziale; altro e diverso essendo il piano su cui opera il citato 3° comma dell'art. 23 t.u.f., ai sensi del quale, in caso di mancanza di forma scritta, «la nullità può essere fatta valere solo dal cliente».

Si opina al riguardo, al contrario, che occorre distinguere tra validità, o meno, del contratto e la individuazione di chi possa far valere in giudizio la nullità dello stesso. Ma, non distinguendo i due piani, la Cassazione – probabilmente condizionata dall'ansia di individuare una soluzione che appariva giusta per il caso concreto ad essa sottoposto – nella sentenza del 2018 ha finito per capovolgere il senso della norma in questione giacché, all'esito del pronunciamento delle sezioni unite, l'art. 23 t.u.f., da regola di protezione per la parte debole del rapporto, oggi è incredibilmente divenuto (per via pretoria) **regola che consente agli intermediari di stipulare contratti sui quali è presente la sola firma dei clienti, con le conseguenze negative già sopra cennate in termini, tra l'altro, di (ir)responsabilità civili e penali delle persone fisiche che promuovono (e in teoria concludono) in rappresentanza dell'intermediario il contratto,** e dunque anche di maggiore esposizione dei clienti ai relativi rischi, e più in generale di incertezza dei rapporti bancari e finanziari e, dunque, di inefficiente operatività dei relativi mercati.

Questa parte della dottrina rileva **che la Cassazione non sembra aver pensato a fare giustizia nel caso concreto** (o quanto meno a tutelare gli interessi della pubblica amministrazione) **in un'altra recente pronuncia resa in tema di nullità,** con la quale la corte (per altro, ribaltando la sentenza d'appello) ha rassegnato una conclusione che può per certi versi apparire paradossale, ma che invece rispetta la sistematica ordinamentale e la funzione unitaria dell'istituto della nullità.

Si tratta dell'ordinanza (sezione prima) n. **25631 del 27 ottobre 2017** con la quale si è affermato che un **contratto tra pubblica amministrazione e intermediario finanziario richiede necessariamente la forma scritta non solo ai sensi dell'art. 23 t.u.f., ma anche e soprattutto ai sensi dell'art. 97 Cost.** In ragione di ciò, secondo la corte, l'opzione ermeneutica che fa leva sull'art. 23 t.u.f. per sostenere che sia solo il contraente debole a poter far valere la nullità del contratto per difetto di forma non può essere accettata perché la forma forte richiesta dall'art. 97 Cost. «non è volta a tutelare gli interessi sia pure pubblici ma settoriali [...] di un determinato ente pubblico, quanto gli interessi generali della collettività che soverchiano quelli dell'ente pubblico che è parte in causa, quale strumento di garanzia del regolare svolgimento dell'attività amministrativa e di tutela delle risorse pubbliche, in attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione».

L'apparente paradosso – si obietta (DI CIOMMO) – è che, **in applicazione di tale principio, la Cassazione ha riconosciuto all'intermediario la legittimazione a far valere in giudizio il difetto di forma del contratto, penalizzando così la pubblica amministrazione, e cioè il cliente, che invece non aveva interesse a tale declaratoria.** Si tratta di una situazione in cui, come detto, i giudici non sembra abbiano voluto fare giustizia del caso concreto, preferendo rispettare la sistematica ordinamentale e valorizzando il concetto di responsabilità che assume la persona fisica che firma il contratto per l'organizzazione che rappresenta. Esattamente quanto le Sezioni Unite, nella sentenza n. 898 del 2018, sembra abbiano ommesso di considerare adeguatamente.

8. Rilevabilità d'ufficio della inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator* (Sezioni Unite 3 giugno 2015, n. 11377).

La **giurisprudenza di legittimità è costante** nell'affermare che il **contratto concluso dal rappresentante senza potere non è nullo e neppure annullabile, ma soltanto inefficace** nei confronti dello pseudo rappresentato fino all'eventuale ratifica di questi e tale inefficacia (temporanea) è rilevabile unicamente su eccezione dello pseudo rappresentato e non di ufficio (cfr. *ex pluris*: sent.: 24 ottobre 2013 n. 24133; Cass. 14 ottobre 2010 n. 14618; Cass. 15 gennaio 2000 n. 410; Cass. 14 maggio 1997 n. 4258).

L'inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator,* ad avviso della **giurisprudenza tradizionale,** quindi, **non sarebbe comunque rilevabile d'ufficio** bensì **solo su eccezione del falso rappresentato e non anche del terzo contraente** (cui, secondo quanto illustrato nel prosieguo, eventualmente compete solo il risarcimento del danno per aver fatto incolpevole affidamento nella validità del contratto; cfr. in termini Cass. 4601/83 e la pressoché unanime giurisprudenza successiva).

Il **fondamento dell'inquadramento dell'eccezione di inefficacia del contratto tra le eccezioni in senso stretto** viene fatto risiedere: a) nella circostanza che, **non vertendosi in ipotesi di nullità**, non soccorre la regola dettata dall'art. 1421 cod. civ.; b) nel rilievo che **si è di fronte ad una inefficacia asimmetrica** (il terzo contraente è vincolato, mentre il falsamente rappresentato non lo è), e che l'improduttività di effetti è rivolta alla protezione della sfera giuridica della persona in nome della quale il falso rappresentante ha agito.

La **dottrina generalmente approva la soluzione della giurisprudenza**.

Talora si sottolinea che l'inefficacia del contratto tutela il falso rappresentato: per questo può farsi valere solo da lui; non può rilevarsi d'ufficio; tanto meno può invocarsi dal terzo contraente, il quale è vincolato dal contratto.

Talaltra si rileva che, nella prospettiva normativa, il *dominus* si pone come arbitro delle sorti della fattispecie, in positivo e in negativo, potendo sia ratificare il negozio o farne al contrario dichiarare la definitiva inidoneità operativa: a differenza dell'eccezione di nullità, che si colloca in una dimensione statica, l'eccezione dello pseudo rappresentato si inserisce in una vicenda instabile e fluida, perché l'assenza del vincolo è recuperabile *ad libitum* dell'interessato.

Ancora, si associa la natura in senso stretto dell'eccezione al fatto che la legittimazione ad agire per far valere l'inefficacia del contratto spetta soltanto allo pseudo rappresentato.

Questo indirizzo interpretativo, che riconduce **l'inefficacia del contratto nei confronti della persona in nome della quale il falso rappresentante** ha agito nel novero delle **eccezioni riservate alla disponibilità dell'interessato**, è stato messo, di recente, **in discussione da alcune voci dottrinali**, che ne hanno evidenziato la **non coerenza con il criterio generale in tema di distinzione fra eccezioni in senso stretto ed eccezioni in senso lato** nel frattempo elaborato, con riguardo alle **fattispecie estintive, modificative o impeditive**, dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite.

In particolare, con il *grand arrêt* sul beneficio d'inventario (7 maggio 2013, n. 10531), infatti, le **Sezioni Unite** hanno stabilito un **principio di valenza generale**, stabilendo che «il rilievo d'ufficio delle eccezioni in senso lato non è subordinato alla specifica e tempestiva allegazione della parte ed è ammissibile anche in appello, dovendosi ritenere sufficiente che i fatti risultino documentati "ex actis", in quanto il **regime delle eccezioni si pone in funzione del valore primario del processo, costituito dalla giustizia della decisione**, che resterebbe pregiudicato ove anche le questioni rilevabili d'ufficio fossero subordinate ai limiti preclusivi di allegazione e prova previsti per le eccezioni in senso stretto»

Grazie, infatti, all'**interpretazione evolutiva della giurisprudenza di legittimità**, la **sussistenza di un fatto estintivo, impeditivo o modificativo**, purché risultante dagli atti di causa, deve essere **rilevata d'ufficio**, sì da **evitare che l'accertamento** giudiziale giudichi **esistente un diritto soggettivo che non è certo tale sul piano sostanziale**, essendo quel diritto estinto, modificato o impedito nel suo sorgere (CONSOLO).

Quindi, in base a tale criterio distintivo, di norma, **tutti i fatti estintivi, modificativi od impeditivi**, siano essi fatti semplici oppure fatti-diritti che potrebbero essere oggetto di accertamento in un autonomo giudizio, sono **rilevabili d'ufficio** e dunque rappresentano **eccezioni in senso lato**; l'ambito della rilevabilità a istanza di parte (eccezioni in senso stretto) è confinato ai casi specificamente previsti dalla legge o a quelli in cui l'effetto estintivo, impeditivo o modificativo si ricollega all'esercizio di un diritto potestativo oppure si coordina con una fattispecie che potrebbe dar luogo all'esercizio di un'autonoma azione costitutiva.

Muovendosi in questa prospettiva – e premesso che per far valere il fatto impeditivo costituito dalla non operatività, per la sfera giuridica dello pseudo rappresentato, del contratto concluso dal rappresentante in carenza o in eccesso di potere rappresentativo, la legge non prevede espressamente l'indispensabile iniziativa della parte – una **parte della dottrina** ha appunto **contestato che l'eccezione di inefficacia** corrisponda **all'esercizio di un potere costitutivo dello pseudo rappresentato**.

Al riguardo si è rilevato che:

– a) il **codice civile non** ha costruito la figura del contratto concluso dal rappresentante senza procura o travalicando i limiti della procura come una **fattispecie temporaneamente vincolante anche per lo pseudo rappresentato**, dotata quindi di un'efficacia precaria che questi possa rimuovere soltanto attraverso un recesso o un rifiuto eliminativo ovvero mediante l'esercizio, nel processo, con la proposizione dell'eccezione ad esso riservata, di un potere conformativo di scioglimento;

- b) si è invece **di fronte ad una non vincolatività che consegue automaticamente al difetto di legittimazione rappresentativa dello stipulante**, secondo lo schema norma-fatto-effetto, e che non abbisogna, per dispiegarsi, dell'intermediazione necessaria dell'esercizio di un potere sostanziale rimesso al *falsus dominus*;
- c) **affinché lo stato originario di inefficacia resti immutato**, e sia riscontrabile dal giudice, non è richiesta **allo pseudo rappresentato alcuna iniziativa**: egli non deve esercitare alcun diritto potestativo per liberarsi da un contratto che è già, per lui, privo di ogni effetto;
- d) il legislatore ha sì previsto, **in capo al falsamente rappresentato**, la titolarità, esclusiva e riservata, di un diritto potestativo: ma questo diritto è quello di imputarsi il contratto realizzando, attraverso la ratifica, la condizione esterna di efficacia dello stesso, **non quello di sciogliersi dal vincolo**.

Si è inoltre evidenziato che **se l'eccezione di inefficacia del contratto è sottratta al rilievo officioso**, pur quando la carenza o l'eccesso di potere di chi ha agito come rappresentante emerga *ex actis*, e la parte interessata, in ragione di una preclusione processuale, non possa più sollevarla in appello, **il risultato che si otterrebbe è la ratifica tacita retta dal principio dell'imputet sibi, indipendentemente dall'effettiva ravvisabilità di comportamenti o atti**, da parte dello pseudo rappresentato, che implicino necessariamente la volontà di ritenere per sé efficace quel contratto o che, comunque, siano incompatibili con il suo rifiuto.

Ma si tratterebbe – si è fatto notare – di un **risultato contrario al diritto sostanziale**.

Se si attribuisse valore di una ratifica al silenzio mantenuto, rispetto alla domanda giudiziale, dall'interessato che sia rimasto contumace o abbia adottato una strategia processuale che non necessariamente sottende la volontà di fare proprio il contratto rappresentativo, ciò significherebbe, per un verso, far discendere da un comportamento processuale un effetto diametralmente opposto a quello che si sarebbe avuto con l'interpello ai sensi dell'art. 1399, quarto comma, cod. civ., e, per l'altro verso, ricollegare un effetto appropriativo del negozio, con la conseguente instaurazione di una situazione nuova, alla mancata risposta all'invito a difendersi, quando sul piano sostanziale il silenzio del dominus rispetto all'invito proveniente dal terzo contraente ha valore di negazione della ratifica dell'operato del falso rappresentante.

Sulla base delle esposte considerazioni le **Sezioni Unite della Cassazione** con una recente sentenza del **3 giugno 2015, n. 11377**, hanno statuito che in caso di **rappresentanza volontaria, la sussistenza del potere rappresentativo**, con l'osservanza dei suoi limiti, costituisce una **circostanza** che ha la **funzione** specifica di **rendere possibile** che il **contratto concluso dal rappresentante** in nome del rappresentato produca **direttamente effetto nei confronti del rappresentato**: come tale, essa è ricompresa nel nucleo della fattispecie posta a base della pretesa e integra un elemento costitutivo della domanda che il terzo contraente intenda esercitare nei confronti del rappresentato. Quando si tratta di stabilire, non già semplicemente se il contratto si sia perfezionato, ma se esso produca direttamente effetto nei confronti del rappresentato, la situazione fenomenica assunta nello schema astratto della disciplina legale pone la **legittimazione rappresentativa**, accanto allo scambio dei consensi e alla spendita del nome altrui, come **elemento strutturale** e come ragione dell'operatività, per la sfera giuridica del rappresentato, del vincolo e degli effetti che da esso derivano.

In particolare, ad avviso dell'Organo della nomofilachia, il **terzo contraente che deduce in giudizio un contratto stipulato con il rappresentante per ottenere il riconoscimento e la tutela**, nei confronti del rappresentato, di diritti che da quel contratto derivano, pone a **fondamento della propria pretesa**, non solo (a) gli **elementi** che l'art. **1325 cod. civ.** richiede per il perfezionamento del contratto, ma anche (b) che **detto contratto è stato concluso da un soggetto**, il rappresentante, **autorizzato dal rappresentato** a stipulare in suo nome, o (b1) che **lo pseudo rappresentato, attraverso la ratifica, ha attribuito ex post al falso rappresentante quella legittimazione** a contrarre per lui, che gli mancava al tempo del contratto. Dunque, la **presenza di quel potere rappresentativo (o la ratifica** da parte dell'interessato) si pone **come fatto costitutivo rilevante**, come nucleo centrale del fenomeno giuridico di investitura specificamente considerato, in quanto coelemento di struttura previsto in funzione della regola di dispiegamento degli effetti negoziali diretti nei confronti del rappresentato".

La **deduzione della inefficacia del contratto stipulato in suo nome da un rappresentante senza poteri rappresenta**, pertanto, ad avviso della S.C. **non una eccezione, ma mera difesa**, con la quale il convenuto non estende l'oggetto del processo al di là del diritto fatto valere dall'attore, né allarga l'insieme dei fatti rilevanti allegati al giudizio. Da tale qualificazione le Sezioni Unite traggono conclusivamente, **sul piano processuale**, i seguenti **corollari**: a) in linea di principio, per la formulazione di tale deduzione difensiva il codice di procedura civile non prevede alcuna specifica limitazione temporale; b) peraltro, la circostanza che l'interessato, costituito nel processo, ometta di prendere posizione circa la sussistenza del potere rappresentativo allegato dall'avversario a sostegno della propria domanda, o comunque ometta di contestare specificamente tale fatto, costituisce un comportamento processuale significativo e rilevante sul piano della prova del fatto medesimo, determinando, in applicazione del principio di non contestazione, una *relevatio ab onere probandi*; b1) poiché la non contestazione è un comportamento processualmente significativo se riferito a un fatto da accertare nel processo e non alla determinazione della sua dimensione giuridica, il difetto di specifica contestazione non spiega alcuna rilevanza quando la mancanza del potere rappresentativo dipenda, ad esempio, dalla nullità della procura, per difetto di forma prescritta per la sua validità; b2) il mero difetto di contestazione specifica, ove rilevante, non impone in ogni caso al giudice un vincolo assoluto (per così dire, di piena conformazione), obbligandolo a considerare definitivamente come provata (e quindi come positivamente accertata in giudizio) la legittimazione rappresentativa non contestata, in quanto il giudice può sempre rilevare l'inesistenza del fatto allegato da una parte anche se non contestato dall'altra, ove tale inesistenza emerga dagli atti di causa e dal materiale probatorio raccolto; c) allorché la mancanza del potere rappresentativo sia acquisita agli atti, di essa il giudice può tenere conto anche in assenza di una specifica deduzione della parte interessata, giacché la sussistenza dei fatti costitutivi della domanda deve essere esaminata e verificata dal giudice anche d'ufficio".

Precisa infine la S.C. che **"qualora sia lo pseudo rappresentato ad agire in giudizio con una domanda che presuppone l'efficacia del contratto** concluso in suo nome dal rappresentante senza poteri (ad esempio, al fine di ottenere la condanna del terzo ad adempiere o la risoluzione del contratto per inadempimento della controparte), certamente **né il terzo potrà difendersi opponendo la carenza del potere di rappresentanza, né vi sarà spazio per un rilievo officioso** di quella carenza di legittimazione. Lo **stesso superamento delle ragioni per una rilevanza da parte del giudice si avrà se lo stesso pseudo rappresentato, questa volta convenuto in giudizio, si difenda** nel merito tenendo un **comportamento** da cui risulti in maniera chiara e univoca la **volontà di fare proprio il contratto concluso** in suo nome e conto **dal falsus procurator**. Nell'uno e nell'altro caso, questo dipende dal fatto che il comportamento tenuto nel processo dal dominus opera anche sul terreno del diritto sostanziale, facendo venir meno, con la ratifica (pur se tacita), l'originaria carenza dei poteri di rappresentanza e, con essa, la non vincolatività, per la sfera giuridica della persona il cui nome è stato speso, del contratto stipulato dal *falsus procurator*.

PARTE IV - I SINGOLI CONTRATTI

1. La compravendita.

1.1. L'onere probatorio nell'azione redibitoria. Rimessione alle Sezioni Unite

L'art. 1476, n. 3), c.c. prevede tra le obbligazioni del venditore, oltre alla garanzia per evizione, la **garanzia per i vizi della cosa**.

Il **vizio** viene **definito** come **imperfezione o difetto inerente al processo di produzione, fabbricazione o conservazione della cosa**, che la rendano **inidonea all'uso cui è destinata** (c.d. "inidoneità assoluta") o ne **diminuiscano in modo apprezzabile il valore** (c.d. "inidoneità relativa").

Quanto all'**inidoneità assoluta** all'uso della cosa, essa si risolve in un'anomalia o imperfezione materiale – tale da impedirne l'utilizzazione – che, secondo parte della dottrina, ben potrebbe essere, oltre a quella ordinaria, un'inidoneità ad un uso speciale, come indicato nell'atto traslativo, a meno che il venditore non abbia, con espressa e non equivoca dichiarazione, assunto il più ampio rischio dell'inidoneità all'uso speciale.

Per ciò che concerne, invece, l'**inidoneità relativa** e la conseguente, apprezzabile diminuzione del valore della res, essa deve risolversi in una perdita superiore al limite di normale tolleranza e, comunque, apprezzabile, in applicazione, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, del più generale criterio di cui all'art. 1455 c.c. in tema di importanza dell'inadempimento. Secondo altra parte della dottrina e della giurisprudenza, invece, in tema di **azione redibitoria per vizi della cosa, la valutazione della gravità** dell'inadempimento deve essere condotta **non secondo la norma generale, ma secondo la *lex specialis* di cui all'art. 1490 c.c.**

Ai sensi degli artt. 1490 ss. c.c., il compratore che intenda avvalersi della garanzia per i vizi ha l'onere di denunciarne l'esistenza al venditore, a pena di decadenza, nel breve termine di otto giorni che decorrono dalla scoperta, se si tratta di vizi occulti, ovvero dalla conclusione del contratto, se si tratta di vizi apparenti (salvo il diverso termine stabilito dalle parti o dalla legge). La denuncia non è necessaria se il venditore ha riconosciuto, anche tacitamente, l'esistenza del vizio o l'ha occultato con particolari accorgimenti tecnici, non essendo, tuttavia, sufficiente che egli non l'abbia fatto presente al compratore.

Fino al 2013 era unanime nella giurisprudenza di legittimità il principio secondo il quale in tema di azioni di garanzia per i vizi della cosa venduta, disciplinate dagli artt. 1490 e ss. c.c., **l'onere della prova dei difetti riscontrati** nonché delle **conseguenze dannose derivanti e del nesso causale tra questi, gravi sul compratore**, incombe sul venditore l'onere della prova liberatoria della mancanza di colpa (art. 1493, comma 1 c.c.) solo in caso di preventiva dimostrazione, da parte del compratore, dell'inadempimento. In altri termini, l'acquirente che esercita l'azione di garanzia ha l'onere di dimostrare i fatti costitutivi del diritto oggetto della domanda (cfr. Cass. n. 1035/1968; Cass. n. 8963/1994).

A partire dal 2013, tuttavia, alcune decisioni hanno dissentito da quanto appena esposto, ritenendo l'orientamento fino a quel momento unanime **incompatibile con il principio giurisprudenziale** affermato dalla storica sentenza a **Sezioni Unite n. 13533/2001** in tema di riparto dell'onere della prova in caso di inadempimento di un'obbligazione. In tale sede, è d'uopo ricordare, la Corte di Cassazione nella sua massima composizione ha affermato che «in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento».

Applicando il principio *de quo* si è ritenuto, quindi, che il vizio della cosa debba essere considerato quale inesatto adempimento (cfr. Cass. n. 20100/2013): sarà sufficiente per il compratore (acquirente/creditore) allegare l'inesatto adempimento ovvero la denuncia dei vizi, stando invece a carico del venditore (debitore), alla stregua della c.d. "vicinanza della prova", l'onere di dimostrare di aver consegnato la cosa esente da qualsivoglia difetto.

Al precedente orientamento viene criticato, in particolare, il mancato esame delle vicende aventi ad oggetto un contratto di compravendita alla luce delle Sezioni Unite del 2001 (cfr. Cass. n. 21927/2017)

Anche dopo l'importante sentenza del 2001, alcune pronunce (cfr. Cass. n. 23060/2009) hanno aderito alla tesi secondo cui **l'onere della prova dei vizi è sempre a carico del compratore** e che comunque dipende dalla natura della garanzia per vizi. Per comprendere meglio il punto, occorre una breve e sintetica disamina delle pronunce giurisprudenziali sulla natura della garanzia de qua. In particolare, si ritiene che la garanzia per

evizione e per vizi delle cose abbiano un fondamento giuridico unitario: esse operano indipendentemente dalla colpa del venditore (requisito necessario solo per il risarcimento del danno) e trovano la loro ragion d'essere nella tutela dell'equilibrio sinallagmatico. La tutela del compratore, invece, si realizza attraverso l'azione estimatoria (o *quanti minoris*) e con la risoluzione del contratto (azione c.d. redibitoria). Tali rimedi operano nei limiti del ripristino della situazione anteriore alla conclusione del contratto, e non è concesso al compratore l'azione di esatto adempimento (salvo ipotesi previste dalla legge come, ad esempio, nel caso di vendita di beni di consumo o nel caso in cui il venditore si sia impegnato alla riparazione del bene secondo il principio di diritto sancito nella sentenza SS.UU. n. 19702/2012). La garanzia, si deve sottolineare, non è sostitutiva dei rimedi contrattuali generali di diritto comune: ben può il compratore, alla luce di inadempimenti del venditore diversi da quelli previsti dalla disciplina di cui agli artt. 1490 e ss. c.c., sollevare un'azione di responsabilità ordinaria per mancato adempimento. Alla luce di ciò: l'orientamento in base al quale spetta al compratore dimostrare il vizio e la sua preesistenza alla vendita, mentre spetta al venditore dimostrare i fatti che per legge impediscono, escludono o estinguono i rimedi della garanzia, deve essere rivisto?

Le Sezioni Unite del 2001 hanno posto l'accento, come noto, sul principio di presunzione e persistenza del diritto desumibile dall'art. 2697 c.c.: sul debitore grava la prova dell'avvenuto adempimento e deve ritenersi operante anche se l'azione proposta dal creditore è di risoluzione ovvero di risarcimento del danno. In caso di garanzia per vizi, però, l'inadempimento (che è presupposto comune delle azioni di cui all'art. 1453 c.c.) del venditore trova origine in un fatto anteriore alla stipulazione del contratto, e non sembrerebbe essere d'aiuto nemmeno l'estensione dei principi del 2001 all'inesatto adempimento e ciò con particolare riferimento all'azione redibitoria. A dire il vero, **le Sezioni Unite non hanno affrontato e risolto la questione inerente all'onere della prova nelle azioni di garanzia previste dalla disciplina del contratto di compravendita.** Si tratta, in realtà, di una **fattispecie che coinvolge questioni sulle quali la giurisprudenza** coeva offre **soluzioni contrastanti** e, nello stesso tempo, **di massima importanza** nell'applicazione della disciplina della vendita, e cioè se il principio di diritto affermato dalle Sezioni Unite del 2001 sia o meno applicabile in tema di garanzia per vizi.

Per tali ragioni la Suprema Corte, con **ordinanza interlocutoria del 26 settembre 2018, n. 23015**, ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione del ricorso **alle Sezioni Unite.**

1.2. La vendita di immobili non urbanisticamente regolari. Alle Sezioni Unite la commerciabilità di immobili parzialmente difformi dal permesso di costruire.

L'art. 40 della l. 28 febbraio 1985, n. 47 (attuale art. 46 T.U. edilizia, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380), dispone che agli atti tra vivi aventi per oggetto diritti reali, qualora gli stessi non contengano, per dichiarazione dell'alienante, gli estremi della licenza o della concessione ad edificare o della concessione rilasciata in sanatoria ai sensi dell'articolo 31 ovvero se agli stessi non viene allegata la copia per il richiedente della relativa domanda, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione, ovvero copia autentica di uno degli esemplari della domanda medesima, munita degli estremi dell'avvenuta presentazione e non siano indicati gli estremi dell'avvenuto versamento delle prime due rate dell'oblazione di cui al sesto comma dell'articolo 35.

La medesima norma prosegue affermando che: la mancanza delle dichiarazioni o dei documenti, rispettivamente da indicarsi o da allegarsi, non sia dipesa dall'insussistenza della licenza o della concessione o dalla inesistenza della domanda di concessione in sanatoria al tempo in cui gli atti medesimi sono stati stipulati, ovvero dal fatto che la costruzione sia stata iniziata successivamente al 10 settembre 1967, essi possono essere confermati anche da una sola delle parti mediante atto successivo, redatto nella stessa forma del precedente, che contenga la menzione omessa o al quale siano allegata la dichiarazione sostitutiva di atto notorio o la copia della domanda indicate al comma precedente.

La sanzione rigorosa della nullità viene dunque alleviata dalla previsione di una sanatoria dell'atto, attraverso una dichiarazione integrativa, anche proveniente da una sola delle parti contrattuali, concessa solo, si badi bene, nel caso di immobili in possesso dei requisiti di regolarità urbanistica.

La nullità in parola colpisce **solo gli atti traslativi tra vivi o di costituzione o scioglimento della comunione tra vivi di diritti reali**, mentre **sono validi i contratti ad effetti obbligatori**, con cui per esempio **si costituisce un diritto personale di godimento** (es. locazione), poiché lo sfruttamento economico dell'immobile abusivo non è contrario all'ordine pubblico.

I **diversi orientamenti giurisprudenziali** in ordine alle **conseguenze di una difformità urbanistica rispetto all'effettivo stato dell'immobile** sono stati **diversi e si sono succeduti nel tempo**, anche in presenza di una legislazione stratificata.

Inizialmente, la giurisprudenza affermava il **carattere relativo della nullità** degli atti giuridici aventi ad oggetto terreni abusivamente lottizzati a scopo residenziale e degli atti aventi ad oggetto unità edilizie costruite in assenza di concessione, essendo tali nullità comminate soltanto ove da detti atti non risultasse che l'acquirente era a conoscenza, rispettivamente, della mancanza di lottizzazione autorizzata e della mancanza della concessione

Successivamente, nel regime emergente dagli art. 18, comma 2, e 40, comma 2, della l. n. 47/1985 (Norme in materia di controllo dell'attività urbanistico-edilizia. Sanzioni amministrative e penali), **si è affermato il carattere assoluto** (e, quindi, rilevabilità d'ufficio e deducibilità da chiunque vi abbia interesse) della nullità di ogni atto di trasferimento senza l'allegazione, per i terreni, del certificato di destinazione urbanistica, e, per gli edifici, senza l'indicazione degli estremi della licenza o concessione *ad aedificandum* (rilasciata eventualmente in sanatoria) ovvero, in mancanza, senza l'allegazione della domanda di sanatoria corredata dalla prova dell'avvenuto pagamento delle prime due rate dell'oblazione edilizia, poiché, quel regime normativo, mirando a reprimere ed a scoraggiare gli abusi edilizi, non dà alcun rilievo allo stato di buona o mala fede dell'acquirente.

In applicazione del principio generale per il quale non è possibile la convalida degli atti nulli, si è del pari **esclusa la possibilità**, prevista dal comma 3 dello stesso art. 40, **di una successiva conferma degli atti viziati**, mediante la redazione, anche ad opera di una sola delle parti, di altro atto avente la stessa forma, e contenente la menzione omessa o l'allegazione della dichiarazione o documentazione mancanti nel primo atto; tale possibilità non integra, infatti, una sanatoria in senso tecnico-giuridico, ma un semplice rimedio convalidante, consentito in dipendenza di carenze formali della precedente stipulazione e non in presenza dell'insussistenza all'epoca di essa, dei requisiti sostanziali per la commerciabilità del bene.

La **giurisprudenza** è poi intervenuta successivamente, anche sfruttando una redazione tecnica della legge non impeccabile. In tale prospettiva, inaugurata nel 2013, si è affermato che **gli artt. 17 e 40 l. n. 47/1985 cominano la nullità degli atti tra vivi** con i quali vengano trasferiti diritti reali su immobili ove **essi non contengano** la dichiarazione degli **estremi della concessione edilizia** dell'immobile oggetto di compravendita, ovvero degli **estremi della domanda di concessione in sanatoria**; si sanziona così specificamente la sola violazione di un obbligo formale, imposto al venditore al fine di porre l'acquirente di un immobile in condizione di conoscere le condizioni del bene acquistato e di effettuare gli accertamenti sulla regolarità del bene stesso attraverso il confronto tra la sua consistenza reale e quella risultante dalla concessione edilizia, ovvero dalla domanda di concessione in sanatoria. Pertanto, nessuna invalidità deriva al contratto dalla difformità della realizzazione edilizia rispetto alla licenza o alla concessione e, in generale, dal difetto di regolarità sostanziale del bene sotto il profilo del rispetto delle norme urbanistiche.

Analogamente, è stata **dichiarata la nullità di un contratto preliminare che abbia ad oggetto la promessa di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico**; invero, il fatto che l'art. 40, comma 2, l. n. 47/1985, faccia riferimento agli atti di trasferimento, cioè agli atti che hanno una efficacia immediata, mentre il contratto preliminare ha efficacia semplicemente obbligatoria, non elimina dal punto di vista logico che non può essere valido il contratto preliminare il quale abbia ad oggetto la stipulazione di un contratto nullo per contrarietà alla legge. Deve pertanto ritenersi che il contratto preliminare avente ad oggetto la promessa di vendita di un immobile irregolare dal punto di vista urbanistico è da considerare nullo per contrarietà alla legge, trattandosi di questione che non può trovare rimedio nella disciplina dell'inadempimento.

Non sono mancate peraltro pronunce, anche di legittimazione, per le quali la sanzione della nullità prevista dall'art. 40 della l. n. 47/1985, con riferimento a vicende negoziali relative ad immobili privi della necessaria concessione edificatoria, trova

applicazione nei soli contratti con effetti traslativi e non anche con riguardo ai contratti con efficacia obbligatoria, quale il preliminare di vendita.

In materia, una recentissima **ordinanza** della Suprema Corte (**30 luglio 2018, n. 20061**) ha chiesto alle Sezioni Unite di chiarire **quali irregolarità urbanistiche** che colpiscono un immobile comportino **nullità dell'atto traslativo**.

Il **problema** sollevato nella ordinanza **attiene**, peraltro, **all'intensità della difformità tra immobile e concessione**, pur ammettendo il S.C. che, in concreto, è sempre molto difficile da accertarsi.

Tanto più che, **secondo l'orientamento inaugurato nel 2013**, nel caso di contratto **preliminare** avente ad oggetto il trasferimento di **immobile costruito** sulla base di una **regolare concessione edilizia** e non in totale difformità dalla stessa, ma avente una **parziale difformità rispetto al permesso di costruire**, per la presenza di un aumento non consistente della volumetria realizzata che, pur superando i limiti del progetto approvato, non abbia dato luogo ad un organismo integralmente diverso o autonomamente utilizzabile, i promittenti venditori **non possono rifiutarsi di prestare il consenso alla stipulazione** del definitivo per una **asserita incommerciabilità del bene**. Tanto più che, ai sensi dell'art. 40 della legge 28 febbraio 1985, n. 47, l'irregolarità urbanistica che non oltrepassa la soglia della parziale difformità dalla concessione (nella specie, presenza di scala esterna) non impedisce l'emanazione della sentenza ex art. 2932 c.c., perché il corrispondente negozio di trasferimento non sarebbe nullo.

Ad avviso della Corte, peraltro, un **ripensamento in merito alla natura formale o sostanziale della nullità urbanistica si impone quale bilanciamento tra le esigenze del contrasto all'abusivismo** – che potrebbero ritenersi sufficientemente tutelate dalla nullità formale derivante dalla mancata menzione nell'atto di trasferimento degli strumenti concessori dell'immobile per cui è causa – e **le esigenze di tutela dell'acquirente nel caso di difformità dell'immobile dal titolo concessorio menzionato nell'atto che, al momento dell'acquisto, egli non abbia rilevato o, pur rilevandola, abbia qualificato come difformità parziale e non essenziale**.

2. I Contratti di godimento. La locazione

2.1. Locazione: è nullo il canone, diverso e più alto di quello contenuto nel contratto registrato? La risposta delle Sezioni Unite nella locazione ad uso abitativo...

La locazione è il contratto con il quale una parte (locatore) si obbliga a fare godere all'altra (locatario o conduttore) una cosa mobile o immobile per un dato tempo, verso un determinato corrispettivo (art. 1571 c.c.); inoltre, esiste una copiosa disciplina di leggi speciali che riguarda, segnatamente, la locazione di immobili urbani.

In particolare, **per gli immobili adibiti ad uso abitativo** (con esclusione di quelli di interesse storico o artistico, di edilizia residenziale pubblica o locati per finalità turistiche), la l. n. 431/1998 offre alle parti la seguente opzione: concludere un **contratto con canone libero** (con divieto, a pena di nullità, di clausole o vantaggi economici o normativi volti ad aumentarlo), ma di durata **non inferiore a quattro anni, rinnovabile per altri quattro**, nonché, alla seconda scadenza, di nuovo rinnovabile alle stesse condizioni, salvo diversa comunicazione del locatore almeno sei mesi prima; **oppure contrarre sulla base di quanto stabilito**, anche per il canone, **in appositi contratti-tipo** definiti fra le organizzazioni della proprietà e dei conduttori. In tal caso, **il proprietario gode di agevolazioni fiscali**, ma la durata del contratto non può essere inferiore a tre anni, prorogata, in difetto di accordo sul rinnovo, di altri due anni, a loro volta rinnovabili salvo disdetta inviata sei mesi prima per lettera raccomandata.

L'art. 1, comma 4, L. 9 dicembre 1998, n. 431 dispone che **"per la stipula di validi contratti di locazione è richiesta la forma scritta"**. **Non parlando** la norma di "forma scritta a pena di nullità" ma solo di "stipula di validi contratti" ci si è chiesti **se il requisito formale** della forma scritta non fosse **richiesto ai soli fini della prova**.

Inoltre, secondo alcuni interpreti, in mancanza dell'indicazione espressa, ad es. **"a pena di nullità"**, questa doveva intendersi **non** come **"assoluta"** ma come **"relativa"**, anche detta "nullità di protezione", quindi eccepibile solo ad istanza della parte; in questo caso sarebbe stata rilevabile solo dal conduttore, parte debole del contratto.

Il problema, in sede giurisprudenziale, si è posto rispetto alla pratica diffusa in base alla quale,

per evidenti ragioni di risparmio fiscale, si procede alla **registrazione di un contratto** contenente un **canone di locazione inferiore a quello realmente corrisposto** dal conduttore al locatore.

Sul punto si confrontavano **due orientamenti giurisprudenziali contrapposti**.

Secondo una **prima posizione giurisprudenziale**, inaugurata da Cass. 27 ottobre 2003, n. 16089, e successivamente consolidatasi nella giurisprudenza di legittimità, la L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, **nel prevedere la nullità di ogni pattuizione** volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato (e nel concedere in tal caso al conduttore, al secondo comma, l'azione di ripetizione), **non si riferisce all'ipotesi della simulazione relativa del contratto di locazione rispetto alla misura del corrispettivo** (né a quella della simulata conclusione di un contratto di godimento a titolo gratuito dissimulante una locazione con corrispettivo).

In tal senso deporrebbe una **lettura costituzionalmente orientata della norma**, giacché, essendo valido il contratto di locazione scritto ma non registrato (non rilevando, nei rapporti tra le parti, la totale omissione dell'adempimento fiscale), non può sostenersi che essa abbia voluto sanzionare con la nullità la meno grave ipotesi della sottrazione all'imposizione fiscale di una parte soltanto del corrispettivo (quello eccedente il canone risultante dal contratto scritto e registrato) mediante una pattuizione scritta ma non registrata. La nullità prevista dalla citata L. n. 431 del 1998, art. 13, comma 1, è volta piuttosto a colpire la pattuizione, nel corso di svolgimento del rapporto di locazione, di un canone più elevato rispetto a quello risultante dal contratto originario (descritto, come impone, a pena di nullità, l'art. 1, comma 4, della medesima legge, e registrato, in conformità della regola della generale sottoposizione a registrazione di tutti i contratti di locazione indipendentemente dall'ammontare del canone), la norma essendo espressione del principio della invariabilità, per tutto il tempo della durata del rapporto, del canone fissato nel contratto (salva la previsione di forme di aggiornamento, come quelle ancorate ai dati Istat)".

Altra parte della giurisprudenza (Cass., ordinanza del **3 gennaio 2014, n. 37**), al contrario, ha ritenuto **non condivisibili gli assunti del primo orientamento** secondo cui, come visto:

- a) la mancata registrazione del contratto di locazione non determina alcuna nullità negoziale (non essendo stata la registrazione del contratto di locazione elevata a requisito di validità del contratto);
- b) la correlazione della nullità della pattuizione di un canone superiore a quello risultante dal contratto scritto e registrato con l'omessa registrazione del patto recante la maggiorazione non è desumibile dal tenore della L. n. 431 del 1998, art. 13, commi 1 e 2;
- c) il contratto scritto ma non registrato deve ritenersi valido, stante la pretesa, "palese irragionevolezza" della tesi secondo cui si sarebbe voluto sanzionare con la nullità la meno grave ipotesi della sottrazione alla imposizione fiscale di una parte soltanto del corrispettivo (quella eccedente il canone risultante dal contratto scritto e registrato) mediante una pattuizione scritta ma non registrata, laddove tale sanzione non è viceversa prevista in caso di totale omissione dell'adempimento;
- d) si configura piuttosto (come sostenuto dall'odierno ricorrente), una legittima ipotesi di simulazione relativa, con la conseguenza che il canone dovuto non può che essere quello effettivamente "voluto" dalle parti, e risultante dalla controdedichiarazione.

L'orientamento favorevole alla dichiarazione di nullità dell'accordo simulatorio relativo alla corresponsione del maggiore canone di locazione, ha altresì opinato come, a tale esito si pervenga **alla luce** dell'affermarsi di **due** fondamentali e recenti **approdi giurisprudenziali**, quello sulla **causa in concreto** e quello in tema di **abuso del diritto**.

Sotto il **primo profilo**, si osserva che, in considerazione della segnalata "finalità fiscale" della normativa, dovrebbe aversi riguardo alla sostanza dell'operazione posta in essere dalle parti, in quanto la pattuizione di un canone superiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato risulta funzionalmente volta a realizzare proprio il risultato vietato dalla norma, a garantire cioè al locatore di ritrarre dalla locazione dell'immobile un reddito superiore rispetto a quello assoggettato ad imposta. La **causa concreta** del negozio, dunque, andrebbe ricercata nello scopo di ottenere uno specifico **risultato vietato dalla legge**, onde la imprevedibilità di una sua validità/efficacia.

Sotto il secondo profilo si rammenta che, in epoca successiva all'affermarsi dell'orientamento *de quo*, la Suprema Corte aveva più volte affermato e applicato il **principio del divieto di abuso del diritto** (Cass. 18/9/2009, n. 20106; Cass. 15/10/2012, n. 17642, di cui si è riferito *amplius* nelle lezioni C1 e C7), specie in tema di imposte, in particolare precisando che l'esame delle operazioni poste in essere dal contribuente deve essere in ogni caso compiuto alla stregua del principio desumibile dal relativo concetto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria (in materia fiscale, *ex aliis*, Corte di Giustizia 21 febbraio 2006, in causa C-255/02), secondo cui non possono trarsi benefici da operazioni che, seppure realmente volute e quand'anche immuni da invalidità, risultino, alla stregua di un insieme di elementi obiettivi, compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un indebito vantaggio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che le giustifichino, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

Tale, **generale principio "antielusivo"** trovava il suo fondamento **nell'art. 53 della Costituzione** ed ora è stato **positivizzato** dal legislatore nella norma di cui all'**art. 10 bis della legge 212/2000**, introdotta dall'art.1 del D. Lgs 5 agosto 2015, n. 128.

Le **Sezioni Unite** sono state investite del compito di **comporre l'indicato contrasto** proprio dall'ordinanza n. 37 del gennaio 2014 e hanno dato risposta al quesito da cui si è partiti, con un'articolata sentenza del **17 settembre 2015 n. 18213**.

Il Supremo Collegio rileva, *in primis*, che **l'inquadramento della fattispecie** concreta **nell'ambito dell'istituto della simulazione** non appare seriamente revocabile in dubbio.

In particolare, si ritiene **conforme a diritto la tesi** secondo cui, nella specie, ci si troverebbe al cospetto di un **procedimento simulatorio** (attesa la natura sostanzialmente "procedimentale" dell'istituto disciplinato dagli artt. 1414 c.c. e ss.), mentre va **respinta** la conseguente **ricostruzione** in termini di vera e propria **"duplicazione" negoziale** – i.e. di attuazione di tale procedimento attraverso l'attuazione di un primo negozio simulato e di un secondo, autonomo negozio dissimulato.

Il procedimento simulatorio si sostanzia, difatti, sul piano morfologico, in un accordo simulatorio e in una successiva, quanto unica, convenzione negoziale, tanto nell'ipotesi di simulazione assoluta (assenza di effetti negoziali) quanto di simulazione relativa (produzione di effetti diversi da quelli riconducibili al negozio apparente).

Tanto nel caso della simulazione assoluta, quanto in quello della simulazione relativa, difatti, **l'atto stipulato dalle parti è unico** (mentre, come di qui a breve meglio si dirà, la c.d. controdichiarazione non è altro che uno strumento probatorio idoneo a fornire la "chiave di lettura" del negozio apparente, caratterizzata dalla eventualità e dalla irrilevanza della contestuale partecipazione alla sua stesura di tutti i soggetti protagonisti dell'accordo, tanto che essa può anche provenire da uno solo di essi, e sostanzarsi in una dichiarazione unilaterale, perciò solo priva di ogni veste contrattuale).

Non appare, pertanto, **corretto** – chiosano le Sezioni Unite – in punto di diritto **discorrere di contratto simulato e contratto dissimulato come** di due **diverse** e materialmente separate **convenzioni negoziali** (né tantomeno appare corretto ricondurre il c.d. negozio dissimulato alla controdichiarazione, come talora si suole affermare).

Tale unità strutturale della simulazione è poi destinata ad evolvere, sul piano funzionale: o nella improduttività di effetti (simulazione assoluta) ovvero nella produzione di effetti diversi da quelli riconducibili, pur sempre, a quell'unica convenzione negoziale stipulata dalle parti.

È questo il senso della disposizione di cui all'art. 1414 c.c., comma 2, nella parte in cui, consentendo la produzione degli effetti del contratto "diverso da quello apparente" che "le parti abbiano voluto concludere", impone, di tale contratto dissimulato, la sussistenza "dei requisiti di sostanza e di forma", che non possono essere ricercati se non nell'unica convenzione negoziale materialmente stipulata.

Così precisati gli aspetti terminologici (oltre che sostanziali) del procedimento simulatorio, con riferimento, rispettivamente, al contratto simulato e a quello dissimulato, nel senso della relativa uni(cità) morfologica, le Sezioni Unite procedono nell'indagine della fattispecie (quale quella in esame) della **simulazione relativa oggettiva parziale**.

Il relativo procedimento simulatorio consta, difatti, di un previo accordo tra tutte le parti e di un unico negozio (nella specie, il contratto di locazione contenente l'indicazione di un canone fittizio), cui accede (in guisa di elemento non essenziale del procedimento) una controdichiarazione contenente l'indicazione del prezzo realmente convenuto.

La **natura della controdedichiarazione**, all'interno di tale procedimento, è pertanto quella, e solo quella, di un **atto destinato**, in caso di controversia tra le parti, alla **prova della (dis)simulazione parziale dell'oggetto** dell'obbligazione (nella specie, il **prezzo della locazione**).

Alla luce di tali premesse, la pronuncia in esame procede alla seguente **ricostruzione della fattispecie** concreta:

a) Parte locatrice e parte conduttrice convengono, con accordo simulatorio, di stipulare un contratto di locazione indicando, in seno ad esso – destinato alla registrazione – un canone inferiore a quello realmente pattuito;

b) Le parti redigono materialmente un contratto di locazione contenente l'indicazione di tale canone fittizio;

c) Le stesse parti, con controdedichiarazione scritta (coeva alla stipula), alla cui redazione partecipano tutte e contestualmente, convengono che il canone indicato nel contratto registrato deve essere modificato in aumento, secondo quanto indicato nella controdedichiarazione stessa, avendo il locatore manifestato il proprio intento di frodare il fisco.

Così **completatosi il procedimento simulatorio**, la prima delle due funzioni di tale controdedichiarazione, quella interpretativa del contratto (dis)simulato *in parte qua*, consente di **"rileggere" la convenzione negoziale** (l'unica convenzione esistente e rilevante sul piano contrattuale) nel senso che il **canone dovuto** era appunto **in realtà ben superiore a quello indicato nell'atto registrato**.

Orbene, **tale sostituzione** per le Sezioni Unite deve ritenersi **nulla**, ai sensi e per gli effetti della L. n. 431 del 1998, art. 13.

E ciò stregua delle seguenti considerazioni.

La **sentenza n. 16089** poneva in **stretta relazione, comparandole**, due **fattispecie apparentemente omogenee**, quella della **elusione fiscale parziale** e quella (più grave) dell'**evasione totale** delle imposte, affermando che la **mancata previsione**, ex L. n. 431 del 1998, **di una nullità testuale** per il **contratto non registrato** (vicenda funzionale alla più grave violazione fiscale costituita dalla evasione totale) **impediva di considerare nullo il contratto registrato con un canone inferiore** a quello realmente pattuito, volta che tale ipotesi (funzionale alla realizzazione di una meno grave elusione parziale), se ricondotta nell'alveo dell'art. 1418 c.c., avrebbe implicato non pochi problemi di costituzionalità della norma di cui all'art. 13 della L. del 1998.

L'accento veniva posto, pertanto, sulle conseguenze e sulla rilevanza della registrazione del negozio rispetto alla eventuale declaratoria di nullità dello stesso: sulla possibilità, in altri termini, che proprio la (mancata) registrazione fosse il parametro di riferimento per valutare l'eventuale effetto di nullità del contratto di locazione.

Posta in questi termini la questione, la soluzione adottata dal collegio nel 2003 non poteva che essere quella predicata in sentenza, poiché la L. del 1998 conteneva disposizioni testualmente volte ad escludere che la mancata registrazione del contratto ne comportasse *ipso facto* la nullità: di qui, la insuperabile **difficoltà di ritenere nullo il contratto registrato con canone fittizio**, attesa **la minor gravità**, sul piano fiscale, **dell'elusione parziale rispetto all'evasione totale**.

Le **Sezioni Unite**, tuttavia, rilevano che la **quaestio nullitatis vada, invece, posta in termini diversi rispetto a quelli delineati dalla sentenza del 2003** con riferimento alla fattispecie in esame.

La **ritenuta omogeneità delle fattispecie** astratte esaminate dalla pronuncia del 2003, difatti, viene **considerata soltanto apparente**.

L'ipotesi disciplinata dall'art. 13 commi 1 e 2, e la relativa previsione di nullità del patto volto a determinare un maggior canone rispetto a quello dichiarato nel contratto registrato con canone fittizio, correttamente ricondotta nell'alveo del procedimento simulatorio, come si è avuto modo di chiarire, **non consente alcuna comparazione con la fattispecie del contratto non registrato**.

L'interpretazione dell'art. 13 deve, difatti, condursi **alla stregua** della più generale riflessione secondo cui già nel 1998 la **volontà del legislatore era quella di sanzionare di nullità la sola previsione occulta di una maggiorazione del canone** apparente, così come indicato nel contratto registrato.

Inoltre, ritenendosi corretta l'evocazione, compiuta dal collegio remittente, del **carattere c.d. "concreto" dell'elemento causale**, si riconosce che lo **scopo del procedimento simulatorio** è indiscutibilmente quello **dell'occultamento al fisco** della differenza tra la somma indicata nel contratto registrato e quella effettivamente percepita dal locatore.

Iscritta, pertanto, *tout court* nell'orbita della simulazione, la fattispecie viene così esaminata dal massimo organo della nomofilachia sotto il profilo della **validità del contratto di locazione registrato, e della invalidità della sola pattuizione contenente l'indicazione del canone maggiorato**, così come indicata nella controdedichiarazione.

Il procedimento simulatorio, si ricorda, nell'operare secondo la scansione diacronica si sostanzia nella stipula dell'unico contratto di locazione (registrato), cui accede, in guisa di controdedichiarazione – che consente la sostituzione, in via interpretativa, dell'oggetto del negozio (i.e. il prezzo reale in luogo di quello apparente) –, la scrittura (nella specie, coeva alla locazione, e redatta in forma contrattuale) con cui il locatore prevede di esigere un corrispettivo maggiore da occultare al fisco.

La **sostituzione**, attraverso il contenuto della controdedichiarazione, **dell'oggetto apparente** (il prezzo fittizio) **con quello reale** (il canone effettivamente convenuto) **contrasta con la norma imperativa che tale sostituzione impedisce**, e pertanto lascia **integra la (unica) convenzione negoziale originaria, oggetto di registrazione**.

Per le Sezioni Unite, pertanto, la previsione legislativa colpisce con la sanzione della **nullità non la mancata registrazione dell'atto recante il prezzo reale** (stante la funzione già in precedenza specificata di controdedichiarazione), **ma la illegittima sostituzione di un prezzo con un altro**.

La **soluzione della nullità** di tale patto – opina la Suprema Corte nella decisione in esame – **non può essere diversa in presenza dell'adempimento tardivo dell'obbligo di registrazione**, la quale, stante, il carattere extraneoziale, perché intervenuta in epoca successiva, è idonea a spiegare influenza sull'aspetto civilistico della sua validità/efficacia.

Se, infatti, la sanzione della nullità derivasse dalla violazione dell'obbligo di registrazione, allora sembrerebbe ragionevole ammettere un effetto sanante al comportamento del contraente che, sia pur tardivamente, adempia a quell'obbligo, ma, come visto, ciò che viene sanzionato con la nullità è l'illegittima sostituzione di un prezzo con un altro.

Lo **scopo tout court dissuasivo dell'intento di elusione fiscale**, di cui la legge del 1998 costituisce indiscutibile *ratio* – si sostiene –, sarebbe infatti, **fortemente attenuata, se non del tutto vanificata, dal riconoscimento di una qualsivoglia efficacia sanante alla registrazione tardiva**: il legislatore, sanzionando di nullità ogni patto volto alla previsione di un maggior canone, aveva inteso, in via principale, contrastare proprio il fenomeno del c.d. mercato sommerso degli affitti, perseguendo incondizionatamente l'emersione del fenomeno delle locazioni c.d. "in nero". La **causa concreta** di tale patto, ricostruita alla luce del precedente procedimento simulatorio, si rivela, pertanto, come ineluttabilmente caratterizzata dalla **vietata finalità di elusione fiscale**, e conseguentemente **afetta dalla medesima nullità** che la caratterizzava all'interno del detto procedimento.

Pertanto, per le Sezioni Unite **soltanto un nuovo accordo** (del tutto teorico) di tipo **novativo** rispetto al precedente contratto scritto **e registrato** consentirà alle parti di **modificare il precedente assetto negoziale**, con conseguente, relativo assoggettamento alla corrispondente imposizione fiscale.

Secondo la pronuncia, inoltre, la **soluzione accolta** ha il pregio di porsi **in armonia con la successiva legislazione intervenuta in subiecta materia**, da un punto di vista tipo letterale, logico e storico/sistematico.

Ragioni di tipo letterale, in quanto il **comma 1 dell'art. 13** non lascia spazio, sotto tale profilo, a dubbi interpretativi di sorta: è testualmente sancita la nullità di ogni pattuizione volta a determinare un importo del canone di locazione superiore a quella risultante dal contratto scritto e registrato, al di là ed a prescindere da qualsivoglia elemento esterno all'atto (i.e. la sua registrazione).

Ragioni di tipo logico, in quanto una diversa interpretazione – quella, cioè, predicativa della tutela soltanto *ex post* dell'invarianza del canone – si risolverebbe nella sostanziale **vanificazione della duplice ratio** sottesa alla disposizione in esame, volta, in via principale, a **colpire in radice l'elusione fiscale**, ma nel contempo intesa, sia pur in via subordinata, a **tutelare la parte contrattualmente "debole"** al momento della stipula del negozio – al momento in cui, cioè, al locatore è attribuito un potere contrattuale fortemente asimmetrico,

che gli consente di pretendere e di imporre un canone maggiorato (e occultato) quale unica condizione per la concessione del godimento dell'immobile alla controparte, condizione cui il conduttore non potrebbe che sottostare se comunque interessato ad ottenere la disponibilità di quell'immobile -. Il criterio della successiva invarianza del canone, difatti, risulta in larga misura irrilevante e sostanzialmente inutile agli indicati fini di tutela, poiché qualsivoglia successiva pretesa di aumento dello stesso sarebbe facilmente paralizzata, in caso di controversia, dalla semplice eccezione di adempimento dell'obbligo contrattuale risultante dal canone fittiziamente convenuto e indicato nel contratto registrato.

Infine, **ragioni di tipo storico-sistematico**, se si pensa che le disposizioni di legge successive al 1998 introducono un principio generale di inferenza/interferenza dell'obbligo tributario con la validità del negozio, principio generale di cui è sostanziale conferma nel *dictum* dello stesso giudice delle leggi (Corte cost. 420 del 2007), il che consente di rendere omogenea (sia pur per altra via, che non impinge nell'efficacia della registrazione) la soluzione adottata con quella scaturente dalla normativa successiva al 1998.

Soluzione che, infine, - concludono le Sezioni Unite - su di un più generale **piano etico/costituzionale, impedisce** altresì che, dinanzi ad una Corte suprema di un Paese Europeo, una **parte possa invocare tutela giurisdizionale adducendo apertamente e impunemente la propria qualità di evasore fiscale**, anche perché l'imposizione e il corretto adempimento degli obblighi tributari, lungi dall'attenere al solo rapporto individuale contribuente-fisco, afferiscono ad interessi ben più generali.

2.2. ...e in quelle ad uso non abitativo

La **Cassazione**, con un'ordinanza **del 5 agosto 2016, n. 16604**, ha rimesso alle Sezioni Unite la questione **se anche per le locazioni ad uso diverso da abitazione** possa essere **replicato il principio** espresso dal massimo organo della nomofilachia sull'**invalidità** di una clausola esterna ad un contratto di locazione che preveda un canone maggiore rispetto a quello registrato **e se la registrazione tardiva del contratto** possa **sanarne la nullità**.

Le Sezioni Unite hanno risposto al primo quesito con un'articolata pronuncia del **9 ottobre 2017, n. 23601**.

Quanto alla questione della **maggiorazione occulta del canone**, rispetto a quello risultante dal contratto registrato, il massimo organo della nomofilachia ha riconfermato la sua ricostruzione in termini di **simulazione** con conseguente applicazione della **sanzione della nullità sopravvenuta** del contratto di locazione per mancanza di un requisito extraformale di validità, richiamando le medesime ragioni del proprio precedente del 2015.

Ribadita la nullità della clausola di maggiorazione del canone, le Sezioni Unite passano ad esaminare la possibile **sanabilità di una tardiva registrazione**.

Prima, però, svolgono delle considerazioni **sulla legittimità di una tardiva registrazione del contratto** di locazione dandone risposta affermativa. La normativa tributaria, infatti, offre una risposta positiva al quesito, considerato che il termine di trenta giorni previsto per assolvere al pagamento dell'imposta di registro non è qualificato come perentorio (art. 17, comma 1, del D.P.R. n. 131 del 1986, come modificato dall'art. 68 della L. 21 novembre 2000 n. 342) e che l'art. 38 dello stesso decreto, prevede che "la nullità... dell'atto non dispensa dall'obbligo di chiedere la registrazione e di pagare la relativa imposta". È inoltre prevista la possibilità di una registrazione volontaria tardiva anche in caso di decadenza dall'azione di riscossione (art. 76, comma 5, del citato D.P.R. n. 131 del 1986), ed è lo stesso sistema tributario a consentire il c.d. "ravvedimento operoso", riconoscendo l'attenuazione della sanzione prevista per la violazione delle norme tributarie nei casi ed alle condizioni indicate dall'art. 13 del D.Lgs. 18 dicembre 1997 n. 472.

Si esclude altresì che possa costituire un ostacolo alla possibilità di tardiva registrazione l'obbligo unilaterale del locatore di provvedere alla registrazione del contratto di locazione entro il termine perentorio di trenta giorni (comma 1, secondo periodo dell'art. 13 cit.) introdotto a seguito della novella dell'art. 13 della L. n. 431 del 1998, come modificato dall'art. 1, comma 59, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (c.d. legge di stabilità 2016), che stabilisce altresì che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, il conduttore possa chiedere al giudice di accertare la esistenza del contratto e rideterminarne il canone in misura non superiore al valore minimo di cui al precedente art. 2.

Per le Sezioni Unite, infatti, valutando complessivamente tale disposizione, peraltro dettata con esclusivo riferimento alle locazioni ad uso abitativo, **non** sembra che da essa possa **desumersi** l'introduzione di una **generalizzata "perentorietà" del termine per la registrazione** previsto dalla normativa tributaria, considerato che la perentorietà del termine sembra circoscritta alla condotta del solo locatore, ed esclusivamente al fine di far operare la correlata possibilità per il conduttore di ottenere la conformazione del contratto (altrimenti nullo perché non registrato nel termine) al canone autoritativamente predeterminato, come previsto dalla nuova disposizione. Ma ciò, si ripete, per i soli contratti di locazione ad uso abitativo.

Ritenendo, pertanto, **non illegittima una registrazione tardiva**, sembra coerente riconoscere a tale **adempimento tardivo l'effetto di sanare la nullità sancita dal comma 346 della Finanziaria 2004**, attesone il carattere: - sul piano morfologico, di nullità per difetto di un coelemento di validità extraneogoziale; - sul piano funzionale, di invalidità da inadempimento (dell'obbligo di registrazione).

In definitiva, il **contratto di locazione ad uso non abitativo** (non diversamente, peraltro, da quello **abitativo**), contenente *ab origine* la **previsione di un canone realmente convenuto e realmente corrisposto** (e dunque, in assenza di qualsivoglia fenomeno simulatorio), **ove non registrato** nei termini di legge, **è nullo** ai sensi dell'art. 1, comma 346, L. n. 311 del 2004, ma, **in caso di sua tardiva registrazione**, da ritenersi consentita in base alle norme tributarie, **è sanabile**, poiché il riconoscimento di una sanatoria "per adempimento" appare coerente con l'introduzione nell'ordinamento di una nullità (funzionale) "per inadempimento".

Tali conclusioni possono essere traslate alla successiva registrazione di una clausola contenente un canone di locazione maggiore di quello contenuto nel contratto registrato? In altri termini **è possibile, registrando tardivamente un patto di maggiorazione, sanarne la nullità?**

Al quesito **le Sezioni Unite danno risposta negativa** e ciò in quanto, tanto sul piano tanto morfologico, quanto (e soprattutto) su quello funzionale le **due vicende negoziali** sono caratterizzate da evidenti **dissonanze**. Il **contratto non registrato in toto**, contenente l'indicazione del reale corrispettivo della locazione, è "sconosciuto" all'Erario dal punto di vista fiscale e nullo dal punto di vista civilistico in virtù di una testuale previsione normativa che ricollega la sanzione di invalidità al comportamento illecito (l'inadempimento all'obbligo di registrazione). Sanata l'invalidità successivamente alla stipula del contratto attraverso la registrazione tardiva, ciò che rileva è proprio (e solo) l'oggettiva tardività dell'assolvimento dell'obbligo tributario, ed è proprio (e solo) tale inadempimento ad essere sanzionato, al di là ed a prescindere dalla circostanza che esso sia o meno riconducibile all'accordo negoziale delle parti, potendo dipendere dalla scelta di uno solo dei contraenti e finanche da un impedimento alla tempestiva registrazione o da una mera incuria; in altri termini, in tale ipotesi non viene in rilievo un vizio genetico dell'atto, ma la mancata attuazione di un obbligo ad esso conseguente, in relazione al quale ben può ricavarsi dal sistema la possibilità di un adempimento tardivo, che integri diacronicamente la fattispecie con il necessario co-elemento esterno di validità, costituito dal requisito extraformale della registrazione, con effetti sananti dal momento in cui l'atto stesso è stato posto in essere.

Diverso è il caso di un **contratto debitamente registrato**, contenente un'indicazione simulata di prezzo, cui acceda una **pattuizione a latere** (di regola denominata "accordo integrativo", come nel caso di specie), **non registrata e destinata a sostituire la previsione negoziale del canone simulato** con quella di un canone maggiore rispetto a quello formalmente risultante dal contratto registrato. Appare inevitabile la riconduzione di tale fattispecie nell'orbita dell'istituto della **simulazione**, in sintonia con quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite ne precedente del 2015 con riferimento alla speculare (e *in parte qua* del tutto sovrapponibile) vicenda delle locazione ad uso abitativo. Ebbene, proprio **tale accordo simulatorio**, in quanto volto a celare un canone maggiore rispetto a quello indicato nel contratto scritto e registrato, disvela la **finalità di elusione ed evasione fiscale** che un simile patto è funzionalmente destinato a realizzare e, dunque, la sua causa concreta.

3. Appalto. L'art.1669 c.c. si applica anche in caso di ristrutturazione dell'immobile o solo in caso di nuova costruzione? La risposta delle Sezioni Unite

In caso di appalto **l'art.1669 c.c.** prevede che se, **nel corso di dieci anni dal compimento, l'opera**, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, **rovina in tutto o in parte**, ovvero presenta evidente pericolo di rovina o gravi difetti, **l'appaltatore è responsabile nei**

confronti del committente e dei suoi aventi causa, purché sia fatta la denuncia entro un anno dalla scoperta; il diritto del committente si prescrive entro un anno dalla denuncia.

Tra gli interpreti è sorto un **contrasto sull'operatività della norma** non solo in caso di una nuova costruzione, ma **anche nel caso in cui l'appaltatore operi una ristrutturazione** di un manufatto già esistente.

Da un lato, in particolare, era stato sostenuto che l'art. 1669 c.c. fosse applicabile ai casi di ricostruzione o costruzione di una nuova parte di immobile (sopraelevazione).

Questa **tesi – minoritaria** – si fondava sul **carattere speciale della norma di cui all'art. 1669 c.c.** (rispetto alle norme di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c.), dato che tale disposizione integra una garanzia vera e propria in favore del committente non applicabile in via analogica.

Il conseguente corollario era che l'art. 1669 c.c. **riguardava le opere eseguite ex novo dalle fondamenta**, oppure quelle dotate di propria autonomia in senso tecnico e ciò in ragione del fatto che nelle opere di lunga durata alcuni difetti potessero presentarsi anche a distanza di molto tempo

Dall'altro, per converso, era stato osservato – e questa era l'opinione prevalente – che la norma in esame si applicava anche alle ipotesi di interventi di tipo manutentivo-modificativo che erano destinati ad avere una lunga durata nel tempo.

E ciò sia nel caso in cui a seguito di detti interventi collassasse l'intera struttura immobiliare preesistente, sia se la rovina riguardasse soltanto la parte riparata o modificata.

E' utile precisare che **anche la giurisprudenza** della Suprema Corte **non è stata univoca in materia**.

Con la pronuncia n. 24243 del 2007 (e la successiva n. 10658 del 2015) i giudici di legittimità, affidandosi ad un'interpretazione letterale della norma, hanno affermato che l'art. 1669 c.c. delimiti il suo ambito di applicazione – già nel suo dato letterale – a costruzioni nuove o autonome, con la conseguente non applicabilità della norma richiamata alle opere di mere riparazione o modificazione di manufatti preesistenti (applicandosi in queste ipotesi l'art. 1667 c.c.).

Più di recente, la Corte di Cassazione, con la sentenza n. 22553 del 2015, ha invece evidenziato che l'art. 1669 c.c. sia applicabile anche all'autore di opere realizzate su un edificio preesistente, se queste rivestano una incidenza sugli elementi essenziali dell'immobile.

Più in particolare, la Corte, nella sentenza testé richiamata, ha precisato che il legislatore utilizza non a caso le due differenti locuzioni "edificio o altra cosa immobile destinata a lunga durata" e "opera", volendo in tal modo mettere in luce che l'opera a cui si alluda è un concetto molto ampio che si estende a qualsiasi intervento modificativo o riparativo eseguito anche su costruzione già esistente.

La **composizione del contrasto** così emerso è stata affidata alle **Sezioni Unite** che si sono pronunciate con una sentenza del **27 marzo 2017, n. 7756**, che hanno **aderito all'orientamento meno restrittivo** che afferma l'applicabilità dell'art. 1669 c.c., nella sussistenza di tutte le altre condizioni, anche alle opere di ristrutturazione edilizia e, in genere, agli interventi manutentivi o modificativi di lunga durata.

Le **ragioni** poste a base dell'orientamento seguito dalla Suprema Corte sono di **triplice natura: storico-evolutiva**, teleologica e letterale.

I giudici di legittimità ripercorrono la **storia della norma** in esame richiamando l'art. 1639 del codice civile del 1865 (norma derivata dall'art. 1792 del codice napoleonico), che faceva riferimento alla fabbricazione di un *edificio* o di *altra opera notevole*, interessate da un pericolo di rovina.

Il codice del 1942, poi, ha esteso la sfera di applicazione della norma anche alle ipotesi in cui l'opera presentava gravi difetti.

Difetti che dovevano essere molto gravi, riconoscibili al momento del collaudo e incidenti sulla sostanza e sulla stabilità della costruzione, anche se non comportanti immediatamente il crollo della costruzione, in tutto o in parte, o un evidente pericolo di rovina.

La Suprema Corte afferma la non pertinenza del riferimento alla riconoscibilità dei gravi difetti al momento del collaudo, poiché la garanzia ex art. 1669 c.c., proprio perché concessa per un decennio, è destinata a coprire soprattutto i gravi difetti che si manifestano non tanto al momento del collaudo, ma nel prosieguo del tempo.

Due sono le ragioni, precisano le Sezioni Unite, poste a fondamento della diversa prospettiva del codice del 1942: la prima di ordine logico e la seconda di natura letterale.

La prima secondo cui la nozione di "gravi difetti" si riferisce a qualsiasi opera sia edilizia, che non edilizia.

La **seconda di natura letterale**, dato che mentre nel codice civile del 1865 il soggetto della seconda proposizione era l'*edificio* o *altra opera*, nel codice civile del 1942 il soggetto diventa l'*opera*, ovvero qualsiasi opera su di un immobile destinato a lunga durata.

Non è, quindi, richiesto che detta opera debba consistere in una nuova costruzione.

La Corte di Cassazione precisa, di conseguenza, che la giurisprudenza ha fornito una interpretazione teleologica della norma, che ha valorizzato l'esigenza che l'immobile possa essere goduto e utilizzato in maniera conforme alla sua destinazione.

Quindi, dicono i giudici di legittimità, non si deve guardare solamente all'art. 1669 c.c. come norma di protezione dell'incolumità pubblica, ma come norma che salvaguarda anche l'interesse privato a che si possa utilizzare l'immobile in modo conforme alla destinazione che è propria di esso.

Infine, i giudici di legittimità evidenziano come sia **irrazionale un trattamento diverso tra la fabbricazione iniziale e la ristrutturazione edilizia**, perché quest'ultima può essere oggetto di gravi pregiudizi alla stessa identica maniera della fabbricazione ab origine.

Ciò è confermato anche, afferma la Corte, dal significato della parola costruire, dal latino *cum struere*, ovvero ammassare insieme, che non si riferisce soltanto all'edificare per la prima volta.

Sulla base delle superiori premesse, i giudici di legittimità affermano che perde di fondamento logico-giuridico l'interpretazione della norma sostenuta dai fautori dell'interpretazione restrittiva.

Nello specifico, sostiene la Corte che il sostantivo "costruzione" rappresenta un *nomen actionis* ovvero, significa "attività costruttiva".

Di conseguenza, detto termine non è una specifica del soggetto (opera), perché se così fosse si avrebbe una duplicazione di concetti di per sé superflua.

Ancora, affermano le Sezioni Unite, intendere il termine "costruzione" quale nuovo edificio significherebbe affermare che il legislatore sostenga che l'opera possa rovinare per un difetto suo proprio. Ma, in tal caso, rimarrebbe da accertare cosa si intenda per vizio proprio di un'opera, che non potrebbe che essere quello che deriva dal difetto di costruzione.

Anche in detta ipotesi, quindi, il **difetto di costruzione** si **referirebbe all'attività dell'appaltatore**.

La Corte, proseguendo l'**analisi letterale della norma**, afferma, altresì, che al fine di ritenere plausibile l'orientamento restrittivo l'art. 1669 c.c. dovrebbe avere un diverso incipit ("quando si tratta della costruzione di edifici") e dovrebbe trovare un suo conforto nel concetto di costruzione così come elaborato in materia di distanze.

Ma ciò è fuori di luogo, dicono i giudici di legittimità, atteso che ai fini delle distanze viene considerata costruzione un balcone e non viene considerata tale la ricostruzione fedele di un edificio preesistente.

I giudici di legittimità affermano, inoltre, che la norma in esame non è affatto speciale e perciò solo non ne va esclusa la sua applicazione analogica.

Ed infatti, dopo aver escluso che si possa parlare di eccezionalità della norma, la Corte precisa che tale specialità viene meno in forza della giurisprudenza della Corte di Cassazione che ha ammesso, oltre all'azione risarcitoria, anche l'azione di riduzione del prezzo e l'azione di condanna alla eliminazione dei difetti dell'opera e l'azione di risoluzione.

Tutte azioni che costituiscono il contenuto della garanzia ordinaria che l'appaltatore deve rispettare.

Un **ultimo aspetto** affrontato dalla Corte, che ne assume la rilevanza, è la **natura extracontrattuale della responsabilità ex art. 1669 c.c.**

Specificano al riguardo i giudici di legittimità che l'art.1669 c.c. si pone con **carattere di specialità rispetto alla previsione generale di cui all'art. 2043 c.c.**

Si tratta di una **natura extracontrattuale** che è stata **prevista per ragioni di ordine pubblico e di tutela dell'incolumità personale dei cittadini** che, per ciò solo, ha carattere inderogabile e irrinunciabile, prevista anche dal codice civile del 1865, allo specifico fine di riconoscere l'azione risarcitoria pure agli acquirenti del costruttore-venditore.

E tuttavia, secondo la Corte, ciò che rileva, quando si parla di gravi difetti non è tanto l'incolumità dei terzi, quanto la compromissione del godimento normale del bene.

Si passa, quindi, da un'ottica pubblicistica ed extracontrattuale ad una privatistica e contrattuale.

In tale direzione, rileva anche l'espresso riconoscimento dell'azione anche agli aventi causa del committente in tema di appalto pubblico e la ritenuta efficacia *ultra partes*, ovvero in favore dei terzi, del contratto nei casi previsti dalla legge.

La conclusione raggiunta dalla Corte è la minore rilevanza del profilo della natura extracontrattuale della responsabilità di cui all'art. 1669 c.c.

Dalle superiori argomentazioni discende, quindi, **che l'art. 1669 c.c. include**, oltre alle ipotesi di edificazione *ex novo*, **anche gli interventi manutentivi e modificativi di lunga durata** che incidono sulla rovina o sul pericolo di rovina ed anche sul normale godimento del bene.

4. Mediazione. Le Sezioni Unite nel 2017 si esprimono sull'estensione dell'obbligo di iscrizione all'albo ai procacciatori d'affari.

Il codice vigente non dà una definizione di mediazione, bensì del mediatore, qualificandolo come colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza (art. 1754, c.c.): da qui nasce il contrasto sulla natura giuridica di tale fattispecie: un contratto o un atto giuridico in senso stretto?

Invero, deve rilevarsi che **l'opinione prevalente sia indirizzata ad affermare la natura contrattuale** della mediazione. Tale convinzione trova un **importante sostegno nel dato normativo**, ossia nella *sedes materiae* codicistica della figura, e la stessa l. n. 39 del 1989 ne ha dato un'evidente conferma: all'art. 5, quarto comma, essa fa riferimento al mediatore che si avvale «di moduli o formulari nei quali siano indicate le condizioni generali di contratto»; all'art. 8 comma 1, si prevede inoltre che il mediatore non iscritto debba restituire la provvigione alle parti contraenti.

Altre opinioni si sono invece schierate per la tesi della sua natura non contrattuale, che sarebbe invece riconducibile nell'ambito dei rapporti contrattuali di fatto.

Esisterebbe, poi, un **indirizzo intermedio**, fra i due che vedrebbe, **accanto ad una mediazione contrattuale** che scaturisce da un incarico, **una mediazione «non contrattuale» che nasce dal mero contatto** diretto del mediatore con le parti.

Quest'ultima tesi sembra essersi affermata, traducendosi nella distinzione tra **mediazione «tipica»** e mediazione **«atipica»**: la prima costituirebbe la mediazione «codicistica» non riconducibile alla categoria del contratto, la seconda, invece, ricorrerebbe quando una parte, volendo concludere un affare, viene ad incaricare il mediatore del compito di ricercare persone interessate alla conclusione del suddetto affare, le cui condizioni vengono peraltro in gran parte prestabilite dallo stesso soggetto che conferisce l'incarico.

Va peraltro chiarito che la distinzione in questione incide sul solo profilo della sola fonte del rapporto mediatorio, ma non sulla disciplina di esso, in quanto in ogni caso i compiti e gli obblighi gravanti sul mediatore – comunque tenuto all'iscrizione all'albo di cui alla l. n. 39 del 1989 – non subiranno modifica alcuna, così come in ogni caso l'obbligo di corrispondere la provvigione graverà in ogni caso non solo sul soggetto che ha conferito l'incarico ma anche sull'altro soggetto che ha accettato l'affare, alla sola condizione che abbia percepito ed accettato l'intervento del mediatore.

In seno alla giurisprudenza, è insorto un **contrasto sull'estensibilità anche ai mediatori atipici**, come i procacciatori d'affari, della **necessaria iscrizione all'albo** quale **condizione** per l'insorgere del diritto alla **provvigione**.

Un **primo orientamento** (si veda Cass. 19066/2006; Cass. 7332/2009) sostiene che **la disciplina di cui alla legge 39/1989** – e, in tempi più recenti, quella ricavabile dal decreto legislativo n. 59 del 2010 (c.d. decreto Bersani *bis*) – **non possa essere applicata alla mediazione atipica**, con particolare riferimento al procacciamento di affari, per la **ontologica differenza tra le due figure**, rinvenuta nella posizione di terzietà che assume il mediatore c.d. tipico, a differenza del rapporto che collega il procacciatore al cliente o preponente.

Altro indirizzo giurisprudenziale (Cass. 4422/2009; Cass. 16147/2010; Cass. 15473/2011; Cass. 762/2014), invece, afferma che, pur ferma restando tale diversità, sarebbe **pur sempre** identificabile un **nucleo comune alle due figure**, rappresentato dalla interposizione tra più soggetti al fine di metterli in contatto per la conclusione di un affare, tale dunque da spiegare la applicabilità della **sanzione della perdita** al diritto alla **provvigione**, in caso di **mancata iscrizione** all'apposito **albo**.

Alla luce dell'evidenziato contrasto un'ordinanza della Cassazione (**4 novembre 2015, n. 22558**) ne ha affidato la **composizione alle Sezioni Unite**, accompagnando la rimessione con una serie di valutazioni e indicazioni per l'organo della nomofilachia.

Innanzitutto, l'ordinanza *de qua* evidenzia come **l'auspicato intervento regolatore** delle Sezioni Unite consentirebbe di **verificare** se nella sistematica della legge prevalga l'uno o l'altro degli indicati profili, con ricaduta sulla **sussunzione o meno della figura del procacciatore di affari sotto la disciplina tipica del mediatore**, in termini soprattutto contenitivi della libertà di azione del primo di non sottostare alle prescrizioni previste per il secondo.

Né – si paventa – **può sottovalutarsi** che l'esito che interpretazione nomofilattica, che si sollecita alle Sezioni Unite, potrebbe altresì **sciogliere i dubbi circa il pericolo di compressione del diritto del (libero) procacciatore di affari ad ottenere il compenso** – come visto, anche solo *uno latere* – per il lavoro svolto, **quale affermato in sede Eurounitaria per l'agente di commercio rispetto al principio della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi** – ex direttiva del Consiglio (CEE) n. 86/653/1986. Ciò in quanto l'ordinanza *de qua* ritiene **non** del tutto **appagante**, proprio con riferimento alla contiguità delle "cause in concreto" realizzate nei rispettivi ambiti negoziali (del mediatore e del procacciatore di affari), **l'interpretazione di legittimità** (Cass. 13184/2007; Cass. 22859/2007; Cass. 7332/2009) che, avuto riguardo alla sanzione della nullità (o della inidoneità a produrre effetti sul sinallagma) del negozio posto in essere dal soggetto "agente in mediazione", sottolinea **l'inesistenza di un contrasto con la citata Direttiva**, argomentando che la stessa non osterebbe a che una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo, non si rivolgerebbe al mediatore, il quale agisce in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto, a tale stregua differenziandosi dall'agente di commercio, che attua invece una collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore.

Va da sé – e questo, ad avviso del Collegio, costituisce un ulteriore punto di frizione tra le due interpretazioni, forse foriero di una prospettabile "terza via" – che **l'ambito specifico della direttiva Eurounitaria** appena indicata (affari immobiliari) potrebbe **lasciare aperta una divergente interpretazione sia in ambito sovranazionale sia in quello nazionale**, laddove, come nel campo che ne occupa, si verta in tema di servizi di mediazione per la vendita di aziende o di elementi strutturali delle medesime (i macchinali della cartiera fallita, nello specifico).

L'ulteriore argomento per sollecitare un intervento chiarificatore da parte delle Sezioni Unite viene infine rinvenuto dal Collegio nel **progressivo stabilizzarsi**, in sede di legittimità, di **un indirizzo che nega, al mediatore non iscritto nei ruoli** (e quindi, per la ricordata estensione interpretativa, anche al procacciatore di affari) – **l'azione di ingiustificato arricchimento**, sulla base della ritenuta natura sanzionatoria della previsione di cui all'art. 8 della legge 39/1989 (si veda Cass. 4635/2002; Cass. 10205/2011). **Soluzione** quest'ultima giudicata dal collegio remittente, **corretta sul piano teorico** in ordine ai necessari presupposti dell'azione ex art. 2041 cod. civ., ma ritenuta, al tempo stesso, foriera di **distorsioni applicative**.

Le **Sezioni unite** – con pronuncia **2 agosto 2017, n. 19161** – hanno **dato risposta** al quesito **aderendo al secondo indirizzo** giurisprudenziale.

Ciò in quanto, **l'art. 2, comma 4, della legge n. 39 del 1989** stabilisce **che l'iscrizione al ruolo** deve essere **richiesta anche se l'attività viene esercitata in modo occasionale o discontinuo** da coloro che svolgono, su mandato a titolo oneroso, **attività per la conclusione di affari relativi ad immobili o ad aziende**. E poiché nella **nozione di mandato a titolo oneroso** deve ritenersi rientri anche l'incarico conferito ad un soggetto o ad un'impresa finalizzato alla ricerca di altri soggetti interessati alla conclusione di un determinato affare, **anche i procacciatori di affari**, che su incarico di una parte svolgono l'attività di intermediazione per la conclusione di un affare concernente beni immobili o aziende, devono **essere iscritti nel ruolo** di cui alla legge n. 39 del 1989, con la conseguenza che **la mancata iscrizione esclude il diritto alla provvigione**.

Ove si tenga conto che il comma 2 della medesima legge prevede che il ruolo degli agenti sia distinto in tre sezioni, una delle quali per gli agenti muniti di mandato a titolo oneroso, è agevole concludere che la occasionalità dell'attività svolta sulla base di mandato oneroso esonera dalla iscrizione dell'agente nella speciale sezione del ruolo solo nel caso in cui l'attività

abbia ad oggetto beni diversi dai beni immobili o dalle aziende. In sintesi, **l'attività occasionale svolta dal mediatore tipico o atipico che si riferisca alla intermediazione in affari concernenti beni mobili non richiede l'iscrizione** di cui all'art. 2 della legge n. 89 del 1989 (e ora all'art. 73 del d.lgs. n. 59 del 2010).

Ove viceversa l'attività sia svolta a titolo professionale, deve ritenersi che **qualsiasi forma** assuma la **mediazione** e **qualsiasi sia l'oggetto della intermediazione**, e quindi anche i beni mobili, il mediatore, tipico o atipico è **tenuto all'iscrizione nel ruolo** (ora nel registro delle imprese o nel repertorio delle attività economiche), con tutte le conseguenze che dalla mancanza di iscrizione derivano quanto al diritto alla provvigione.

Tale previsione, peraltro, non contrasterebbe, secondo la Cassazione, **con la direttiva 86/653/CEE, relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti**, giacché tale direttiva – che osta ad una normativa nazionale che subordini la validità di un contratto di agenzia all'iscrizione dell'agente di commercio in apposito albo – non si rivolge al mediatore, il quale agisce in posizione di terzietà rispetto ai contraenti posti in contatto, a tale stregua differenziandosi dall'agente di commercio, che attua invece una collaborazione abituale e professionale con altro imprenditore.

Le Sezioni Unite rilevano inoltre che la **esclusione del diritto alle provvigioni del mediatore** nei casi in cui la detta iscrizione debba considerarsi obbligatoria trova **fondamento nell'art. 8, comma 1, della legge n. 39 del 1989**, il quale, prevedendo che chiunque eserciti l'attività di mediazione senza essere iscritto al ruolo è tenuto, oltre al pagamento della relativa sanzione amministrativa, anche alla **restituzione** alle parti contraenti delle **provvigioni percepite**, esclude la possibilità di agire nei confronti dei contraenti, ai sensi dell'art. 2033 cod. civ., a titolo di indebito oggettivo. Infatti, mentre quest'ultimo trova il proprio fondamento giuridico nell'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale effettuata, l'obbligo di restituzione del compenso previsto dal citato art. 8 costituisce una sorta di sanzione per lo svolgimento dell'attività senza previa iscrizione all'albo.

5. Contratto di assicurazione. Le clausole *claims made* dalle Sezioni Unite del 2016...

Le polizze con formula *claims made* (c.d. a denuncia fatta), applicate ad un contratto di assicurazione, **condizionano la copertura alla circostanza che il sinistro sia stato denunciato nel periodo di vigenza della polizza, diversamente dalle polizze con formula tradizionale**, o c.d. *loss occurrence*, in virtù delle quali, in ragione del dettato del comma 1 dell'art. 1917 c.c. risultano in copertura i sinistri verificatisi nel corso del rapporto assicurativo, anche se la richiesta risarcitoria sia pervenuta all'assicurato in un tempo successivo e, di conseguenza, questi ne abbia dato comunicazione alla Compagnia di assicurazione allorquando la polizza invocata non era più vigente.

In altri **termini la discriminante tra le due formule è data**, ai fini della copertura assicurativa, dallo **spostamento del rischio dall'evento** (il sinistro), come previsto dal codice, **alla denuncia di esso all'assicurato** e, soprattutto, da questi alla Compagnia. Occorre ulteriormente precisare che, nell'ambito di tale deroga al tipo legale, elaborata dalla prassi, bisogna poi distinguere:

- a) la ***claims made* c.d. pura** che non prevede limitazioni temporali alla propria "retroattività" rispetto alla stipulazione del contratto;
- b) la ***claims made* c.d. impura**, che prevede la copertura dei sinistri denunciati in costanza di rapporto ma verificatisi in un preciso arco temporale (solitamente non superiore ai due/tre anni) antecedente alla stipula del contratto.

Il peculiare meccanismo offerto dalle clausole *claims made* nelle assicurazioni della r.c., stante la sua difformità rispetto a quello di cui al comma 1 dell'art. 1917 c.c., è stato sottoposto al **vaglio della giurisprudenza** a partire dall'ultimo decennio del secolo scorso, provocando **valutazioni contrastanti**.

Le **Sezioni Unite** hanno **composto il contrasto** con una pronuncia del **6 maggio 2016, n. 9140**, esaminando **le varie censure di nullità** sollevate sulle clausole in esame.

Innanzitutto, **si esclude che la limitazione della copertura assicurativa** alle "richieste di risarcimento presentate all'Assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione", in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento,

integri una decadenza convenzionale, soggetta ai limiti inderogabilmente fissati **nell'art. 2965 c.c.** di cui si assume la violazione.

E invero l'istituto richiamato da quest'ultima disposizione, – si obietta – implicando la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito, va inequivocabilmente **referito a già esistenti situazioni soggettive attive** nonché a **condotte imposte**, in vista del conseguimento di determinati risultati, **a uno dei soggetti del rapporto nell'ambito del quale la decadenza è stata prevista**. Invece la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude **l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa** di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro **incide** non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto **sulla nascita del diritto** stesso.

Ne deriva che non v'è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell'art. 2965 cod. civ.

Viene ritenuta **infondata**, altresì, la **deduzione di nullità** per asserito **contrasto** della previsione pattizia con le **regole di comportamento** da osservarsi nel corso della formazione del contratto e nello svolgimento del rapporto obbligatorio. E ciò in quanto ormai per pacifica giurisprudenza (si veda lezione C1) la violazione di regole di comportamento ispirate a quel dovere di solidarietà che, sin dalla fase delle trattative, richiama "nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", **in nessun caso potrebbe determinare la nullità di un vincolo** convenzionalmente assunto, essendo al più destinato a **trovare ristoro sul piano risarcitorio**.

Fatte queste premesse la Corte procede all'analisi della questione relativa alla **validità dell'assicurazione del rischio pregresso**.

Al riguardo si è affermato un **orientamento** che ritiene **priva dell'alea** richiesta, e quindi **nulla** ex art. 1895 cod. civ., la **clausola claims made** che garantisca **l'assicurabilità di fatti generatori di danno verificatisi prima della conclusione del contratto, ma ignorati dall'assicurato**. E ciò in quanto – si sostiene – posto che il rischio dedotto in contratto deve essere futuro e incerto, giammai il cd. rischio putativo potrebbe trovare copertura.

Le **Sezioni Unite** dichiarano di volersi **discostare da questa ricostruzione**.

In proposito è considerato convincente il rilievo che l'estensione della copertura alle responsabilità dell'assicurato scaturenti da fatti commessi prima della stipula del contratto **non fa venir meno l'alea** e, con essa, la validità del contratto, **se al momento del raggiungimento del consenso le parti** (e, in specie, l'assicurato) ne **ignoravano l'esistenza**, potendosi, in caso contrario, opporre la responsabilità del contraente ex artt. 1892 e 1893 cod. civ. per le dichiarazioni inesatte o reticenti. A ciò aggiungasi che il rischio dell'aggressione del patrimonio dell'assicurato in dipendenza di un sinistro verificatosi nel periodo contemplato dalla polizza, si concretizza progressivamente, perché esso non si esaurisce nella sola condotta materiale, cui pur è riconducibile causalmente il danno, occorrendo anche la manifestazione del danneggiato di esercitare il diritto al risarcimento: ne deriva che la clausola *claims made* con garanzia pregressa è lecita perché afferisce a un solo elemento del rischio garantito, la condotta colposa posta già in essere e peraltro ignorata, restando invece impregiudicata l'alea dell'avveramento progressivo degli altri elementi costitutivi. Non a caso, del resto, – riflettono le Sezioni Unite – il **rischio putativo è espressamente riconosciuto nel nostro ordinamento dall'art. 514 del codice navigazione**, con disposizione che non v'è motivo di ritenere eccezionale.

Secondo **altra prospettiva**, inoltre, la **clausola** sarebbe **nulla** perché **vanificherebbe la causa del contratto di assicurazione**, individuata, con specifico riferimento all'assicurazione sulla responsabilità professionale, nel trasferimento, dall'agente all'assicuratore, del rischio derivante dall'esercizio dell'attività, questa e non la richiesta risarcitoria essendo oggetto dell'obbligo di manleva.

A questa prospettiva le Sezioni Unite replicano che **la tesi dell'intangibilità del modello codicistico** si scontra contro il chiaro **dato testuale costituito dall'art. 1932 cod. civ.**, che **tra le norme inderogabili non menziona il primo comma dell'art. 1917 cod. civ.** Il che, in via di principio, consente alle parti di modulare, nella maniera ritenuta più opportuna, l'obbligo del garante di tenere indenne il garantito "di quanto questi, in conseguenza del fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione", deve pagare a un terzo.

Stabilito che il **modello codicistico**, fissato dall'art.1917 c.c., **può essere derogato dalle parti**, l'analisi della pronuncia, così, procede ad una **duplice verifica della clausola** in esame: a) se può essere considerata **limitativa della responsabilità, ex art.1341 c.c.**; 2) se, in quanto atipica, sia meritevole di tutela ex art.1322, 2° comma.

Quanto al primo profilo, la pronuncia rileva innanzitutto che si ha delimitazione dell'oggetto quando la clausola negoziale ha lo scopo di stabilire gli obblighi concretamente assunti dalle parti, laddove è delimitativa della responsabilità quella che ha l'effetto di escludere una responsabilità che, rientrando, in tesi, nell'oggetto, sarebbe altrimenti insorta.

Facendo applicazione di tale *discrimen* le Sezioni Unite fanno derivare che il **sintagma "fatto accaduto durante il tempo dell'assicurazione"** di cui al primo comma dell'art. 1917 c.c. si riferisce alla vicenda storica di cui l'assicurato deve rispondere, cioè **al fatto generatore del danno, e non può essere identificato con la richiesta di risarcimento**, come talora sostenuto in dottrina.

Alla luce di tali considerazioni, pertanto, deve ritenersi **fuori dalla fattispecie** ipotetica delineata nell'art. **1917** cod. civ. la **clausola *claims made pura***, e quindi **vessatoria**, ma **non quella impura**. Ciò in quanto quest'ultima mirando a circoscrivere la copertura assicurativa mediante un fattore temporale aggiuntivo (la richiesta di risarcimento) rispetto all'epoca di realizzazione della condotta lesiva, è volta in definitiva a **stabilire** quali siano, rispetto al modello fissato dall'art. 1917 c.c., i **sinistri indennizzabili** e in tal modo è **volta a delimitare l'oggetto del contratto piuttosto che la responsabilità dell'assicuratore** (che diversamente ne avrebbe giustificato la vessatorietà).

Superato il **giudizio** di vessatorietà, occorre ora verificare se la clausola in esame, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, possa superare quello di **meritevolezza**.

Al riguardo, occorre anticipare che il massimo organo della nomofilachia **non offre una risposta definitiva all'interrogativo**, rilevando che tale **indagine vada condotta in concreto**, con riferimento, cioè alla fattispecie negoziale di volta in volta sottoposta alla valutazione dell'interprete.

Sul punto si segna una **considerevole distanza rispetto al precedente del 2005**, n. 5624, che **ne aveva sancito la liceità**, in quanto non contrasta con norme inderogabili, con i principi di ordine pubblico e del buon costume, **indipendentemente dal concreto contratto** di assicurazione in cui la clausola viene inserita. **Invece lo scrutinio di "meritevolezza"** al quale fanno riferimento le Sezioni Unite investe la clausola, pur riconosciuta lecita in linea di principio, nella sua concreta applicazione ed è **focalizzato sul concreto assetto contrattuale** in cui la clausola viene ad inserirsi.

Le Sezioni unite aggiungono, altresì, che l'indagine dovrà necessariamente **confrontarsi con la possibilità di intercettare**, a carico del consumatore, quel "**significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto**" presidiato dalla nullità di protezione, di cui all'art. 36 d.lgs. n. 206 del 2005, ancorché, **la clausola** sia normalmente **inserita in contratti sottoscritti da professionisti**.

A tal fine, tuttavia, aggiunge la sentenza, che **l'esegesi, in punto di meritevolezza**, dovrà comunque considerare, da un lato, **l'esistenza di un contesto caratterizzato dalla spiccata asimmetria delle parti** e nel quale il contraente non predisponente, ancorché in tesi qualificabile come "professionista", è, in realtà, il più delle volte privo di esaustive informazioni in ordine ai complessi meccanismi giuridici che governano il sistema della responsabilità civile; dall'altro, di **tutte le circostanze del caso concreto**, ivi compresi altri profili della disciplina pattizia, quali, ad esempio, l'entità del premio pagato dall'assicurato.

La pronuncia in commento, ancora, si occupa dei **rimedi esperibili** nel caso in cui la **clausola non dovesse superare il giudizio di meritevolezza**: essa dev'essere **considerata nulla** dal giudice e **sostituita da quella prevista dalla disciplina legale** di cui all'art.1917 c.c., e cioè dalla **formula *loss occurrence***. Saranno, pertanto, coperti anche i sinistri verificatisi nel corso del rapporto assicurativo, anche se la richiesta risarcitoria dovesse giungere all'assicurato in un tempo successivo e, di conseguenza, questi ne dovesse dare comunicazione alla Compagnia di assicurazione allorquando la polizza invocata non è più vigente.

La **nullità della clausola** in esame e la **sua automatica sostituzione con il tipo legale** viene fatta derivare da quanto predicato dalla **Consulta** nelle ordinanze nn.248/2013 e 77/2014, alla luce del **combinato disposto dell'art. 2 Cost. e dell'art.1419, 2° comma**: la clausola, quindi, che alla luce della buona fede e del dovere di solidarietà, dovesse essere considerata non meritevole di tutela, è espunta dal contratto e sostituita dal giudice «per

garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti» con la disciplina legale, nel caso di specie, l'art.1917 c.c.

Su quest'ultimo passaggio, tuttavia, si coglie una **contraddizione** da una parte dottrina (HAZAN): la sentenza, infatti, ha **escluso** (par.11) che **l'art.1917 c.c.** possa rientrare **tra le norme imperative, salvo poi** applicare **l'art.1419, 2° comma**. In realtà potrebbe **replicarsi** che, applicando lo schema richiamato dalla Cassazione, la **norma imperativa violata**, non sarebbe tanto l'art.1917 c.c., ma **direttamente l'art.2 Cost.**, ora riconosciuta quale norma direttamente precettiva. Anche se a ben vedere, tale conclusione potrebbe apparire **contraddittoria** con **un'altra parte della pronuncia** dove (par.7.2.) in modo molto netto **si esclude** che la **violazione di regole di comportamento** possa essere foriera di **nullità** del contratto, cui la condotta della parte accede.

5.1. ... alle prime applicazioni giurisprudenziali del 2017 alla ricerca della meritevolezza degli interessi...

Le **pronunce di merito**, successive all'arresto delle Sezioni Unite, hanno **confermato lo sfavore per la clausola *claims made* c.d. mista o spuria**, o più in generale con una c.d. garanzia retroattività assai limitata, mentre hanno ribadito la piena legittimità della clausola, secondo il modello c.d. puro.

Nelle **motivazioni più articolate ed approfondite**, lo **scrutinio di meritevolezza è stato condotto tenendo in considerazione non solo la c.d. retroattività della garanzia** (e quindi l'estensione della manleva a fatti accaduti prima della stipula della polizza) ma **anche ulteriori fattori** in base ai quali valutare, in concreto, l'effettivo assetto negoziale intercorso tra le parti, come ad esempio "l'entità del premio pagato", "l'eventuale situazione di squilibrio contrattuale o di una condizione di asimmetria informativa", "lo svolgimento di un'attività professionale soggetta ad obbligo di assicurazione", "l'esistenza di pregresse trattative idonee ad illustrare al professionista la specifica tipologia di polizza acquistata" e così "la manifesta volontà di acquistare una copertura assicurativa con estensione temporale ridotta, allo scopo di pagare un premio più contenuto". In tal modo, in alcuni precedenti, in cui si è ravvisata un'ingiustificata limitazione della copertura negoziale, si è dichiarata la nullità della clausola *claims made* in relazione a richieste risarcitorie giunte dopo la cessazione degli effetti del contratto; conseguentemente, si è applicato lo schema legale del comma 1 dell'art. 1917 c.c. e la garanzia è stata estesa a tutti i sinistri verificatisi nel periodo di vigenza della polizza "anche se le relative richieste dovessero pervenire successivamente alla scadenza". **Alcune pronunce** si sono spinte oltre, **sancendo l'applicazione dello schema legale** del contratto di assicurazione della responsabilità civile e cioè della **formula *loss occurrence***.

Più precisamente, alcuni precedenti – nel conservare l'efficacia del modello *claims made* in relazione alle richieste risarcitorie pervenute nel periodo di efficacia della polizza – sono giunti **a modificare sostanzialmente il regolamento negoziale**, riconoscendo una copertura c.d. "retroattiva" non prevista né dalla polizza in essere né dallo schema legale dell'art. 1917 c.c. Tali arresti muovono dalla constatazione che la "sostituzione con la tipologia di garanzia *loss occurrence*" avrebbe "effetti paradossalmente ... penalizzanti ... per il contraente debole". Di conseguenza, conservandosi la tipologia "a richiesta fatta", la nullità deriverebbe dalla "scorretta limitazione della retroattività con riferimento all'epoca del sinistro ... da sostituire con il termine prescrizione legale". Sulla base di tale assunto, ad esempio, è stato dichiarato l'obbligo di garanzia per l'assicuratore in relazione alle richieste risarcitorie pervenute nel periodo di efficacia della polizza, anche per i fatti accaduti prima della stipula del contratto, nonostante il regolamento negoziale non riconoscesse alcuna "retroattività" a favore dell'assicurato. Altre pronunce di merito hanno ritenuto che la clausola *claims made* per essere valida deve prevedere, oltre ad un congruo periodo di copertura antecedente all'inizio di vigenza del contratto, anche un "congruo periodo (computabile in anni) successivo alla scadenza della copertura, entro il quale la denuncia di sinistro possa pervenire, senza con ciò elidere l'efficacia della garanzia".

In un contesto giurisprudenziale così articolato, sono intervenute le **recenti sentenze di Cass. 28 aprile 2017, nn. 10506 e n. 10509**, le quali giungono ad uno **scrutinio negativo** circa la **meritevolezza** del modello *claims made*, privo di efficacia per le richieste pervenute dopo la cessazione degli effetti della polizza.

Il giudizio negativo e tranciante della Cassazione è espresso nel seguente **principio di diritto**: «*la clausola c.d. claim's made, inserita in un contratto di assicurazione della responsabilità civile stipulato da un'azienda ospedaliera, per effetto della quale la copertura esclusiva è prestata solo se tanto il danno causato dall'assicurato, quanto la richiesta di risarcimento formulata dal terzo, avvengano nel periodo di durata dell'assicurazione, è un patto atipico, immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, comma 2, c.c., in quanto realizza un ingiusto e sproporzionato vantaggio dell'assicuratore, e pone l'assicurato in una condizione di indeterminata e non controllabile soggezione*».

Il ragionamento della Corte sembra porsi nel solco di quanto già sostenuto dalle Sezioni Unite del 2016, le quali – come visto – avevano ritenuto immeritevoli le clausole *claims made* delle polizze professionali obbligatorie sotto un altro profilo: quello dell'insufficienza a tutelare in modo adeguato l'interesse "esterno" del cliente/paziente danneggiato.

Qui il **più drastico giudizio negativo** si fonda, invece, **sulla sola valutazione del rapporto "interno" tra le parti** del contratto assicurativo e sulla considerazione della **sostanziale inconciliabilità della clausola con** la – del tutto naturale – **possibilità che l'assicurato** (medico o struttura) **rechi danni a terzi anche negli ultimi mesi, o giorni, od ore precedenti la scadenza del contratto**. Danni per i quali la richiesta di risarcimento perverrà, probabilmente (e fisiologicamente), in epoca successiva a quella scadenza, lasciando l'assicurato medesimo esposto ad un rischio la cui copertura costituisce portato naturale di quel tipo di garanzia assicurativa.

A rinforzo di tale tesi la sentenza svolge alcuni argomenti:

1) la clausola *claims made* attribuirebbe all'assicuratore un **vantaggio ingiusto e sproporzionato**, riducendo il periodo di copertura assicurativa e, comunque, ponendo «*l'assicurato in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra*»: ciò in quanto farebbe dipendere la prestazione dell'assicuratore della responsabilità civile non solo da un evento futuro ed incerto ascrivibile all'assicurato, ma anche dalla richiesta di risarcimento (che è pur sempre evento futuro ed incerto ma dipendente dalla volontà del terzo danneggiato).

2) la clausola in parola, inoltre, condurrebbe ad una serie di **conseguenze paradossali**: la prima è che l'assicurato, in contrasto con il principio di cui all'art. 1904 c.c., avrebbe interesse a che il sinistro (intendendosi per tale la richiesta del terzo) si verifici prima della scadenza della polizza. La seconda rinvenibile nel fatto che il medesimo assicurato, ove fosse consapevole di aver causato un danno, si troverebbe innanzi ad una insostenibile, aporia, così testualmente descritta nella pronuncia: se egli «*tace e aspetta che sia il danneggiato a chiedergli il risarcimento, perde la copertura; se sollecita il danneggiato a chiedergli il risarcimento, viola l'obbligo di salvataggio di cui all'art. 1915 c.c.*»;

3) infine, la *claims made* risulterebbe immeritevole di tutela in quanto costringerebbe l'assicurato a tenere **condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti**. Egli infatti non avrebbe alcun interesse ad adempiere spontaneamente la propria obbligazione risarcitoria prima ancora che il terzo gliene faccia richiesta (come correttezza e buona fede gli imporrebbero), dal momento che in tal caso l'assicuratore «*potrebbe rifiutare l'indennizzo assumendo che mai nessuna richiesta del terzo è stata rivolta all'assicurato, sicché è mancata la condicio iuris cui il contratto subordina la prestazione dell'assicuratore*».

5.1.1. Le obiezioni della dottrina all'ordinanza di nuova remissione alle Sezioni Unite

Una **prima parte della dottrina** (FACCI) ha mosso delle **critiche** alla decisione ove questa formula il proprio **giudizio di meritevolezza** delle *claims made*, svolgendo delle interessanti considerazioni.

In primo luogo, si sollevano **dubbi sulla motivazione che giustifica lo scrutinio negativo di meritevolezza** ossia l'assunto secondo il quale la clausola *claims made*, con esclusione di copertura postuma, attribuirebbe all'assicuratore un "**vantaggio ingiusto e sproporzionato**, senza contropartita per l'altra". Si obietta, infatti, che a fronte della limitazione della copertura del sistema *claims made*, il **rapporto di corrispettività** tra le prestazioni, e quindi, l'equilibrio economico, viene **normalmente ristabilito**, a quello in essere per le polizze strutturate secondo il tradizionale modello dell'art. 1917 c.c. Al contempo, la mancata copertura dei sinistri, la cui richiesta risarcitoria pervenga dopo la cessazione degli effetti della polizza, viene

compensata con l'estensione della garanzia alle condotte poste in essere ai fatti dannosi verificatisi prima della stipula della polizza.

In secondo luogo, si rileva la **manca**za, nella fattispecie, del **presupposto del giudizio di meritevolezza, ovvero sia l'atipicità** del contratto o, quanto meno, del singolo patto, inserito in un contratto tipico, poiché il **sistema c.d. claims made è diventato**, in alcuni ambiti della responsabilità civile, il **modello legale** dell'assicurazione del rischio risarcitorio. A ciò si aggiunga che la **clausola claims circo**scrive soltanto in termini temporali il rischio **dedotto in contratto**, con la previsione di uno speciale meccanismo di attivazione della garanzia, rappresentato dalla richiesta di risarcimento; conseguentemente, la clausola **non sembra incidere sulla causa del contratto**, in quanto con l'impiego del sistema *claims made*, l'assicurato viene comunque ad attuare l'operazione di protezione del rischio di danno al proprio patrimonio, in relazione all'insorgenza di obblighi risarcitori derivanti da fatti allo stesso imputabili. In definitiva, l'asserita **atipicità** – ed il conseguente giudizio di meritevolezza – **non appaiono così scontati**. La **deroga all'art. 1917**, comma 1, inoltre, è **consentita** dall'art. 1932 c.c.; ugualmente, l'art. 2952 c.c. – nel ricollegare, alla richiesta di risarcimento del danno da parte del terzo, gli effetti in punto di decorrenza del termine di prescrizione nell'assicurazione della responsabilità civile – conferma che il "*claim*" non è estraneo alle regole di funzionamento del rapporto contrattuale tra assicurato ed assicuratore.

L'autore da queste riflessioni fa derivare che l'enfaticizzazione del **giudizio di meritevolezza è funzionale** all'esigenza di **tutelare l'assicurato quale contraente debole**, in virtù della già segnalata forte asimmetria tra le parti, nonostante l'assicurato non sia normalmente un consumatore bensì un professionista. Ugualmente, si obietta come sia assai dubbio che dall'accertamento della nullità, per immeritevolezza, della clausola *claims made* possa derivare la sostituzione, ai sensi del comma 2 dell'art. 1419, della stessa con il comma 1 dell'art. 1917 c.c., con conseguente copertura dei fatti accaduti durante la vigenza della polizza. Il **comma 1 dell'art. 1917 c.c., infatti, non è una norma imperativa**. Al contempo, è anche difficile ipotizzare l'applicazione del comma 1 dell'art. 1419 c.c., con declaratoria di nullità parziale del contratto nella sola parte in cui attribuisce rilevanza alla "richiesta risarcitoria": è ovvio che l'assicuratore non avrebbe concluso il contratto senza la previsione della clausola de qua, in considerazione del notevole ampliamento dell'obbligazione di manleva, in assenza del modello *claims made*.

Si è inoltre rilevato (A.PALMIERI-R.PARDOLESI) che le **clausole loss occurrence, previste dall'art.1917 c.c., non sempre** possono essere considerate la **soluzione più vantaggiosa per l'assicurato**, rispetto alle *claims made*. Si osserva, al riguardo che la prima, in realtà, non copre quei pregiudizi che, senza integrare gli estremi del rischio virtuale, emergano dal passato per incidere nel presente (negando copertura del pregresso per chi si assicuri per la prima volta); e garantisce, sì, per i pregiudizi che abbiano a materializzarsi in futuro come conseguenza di un'attività attuale, ma a valori corrispondenti al presente, presumibilmente inadeguati ed insoddisfacenti rispetto alla situazione che verrà a configurarsi all'atto della richiesta di ristoro.

Un'altra critica, ancora, è stata rivolta (F.A. MAGNI, CENTONZE) all'"**inadempimento**" della decisione in esame al "**mandato**" che le **Sezioni Unite** nel 2016 avevano affidato alla successiva giurisprudenza **di verificare caso per caso se la specifica clausola claims fosse o meno diretta a realizzare interessi meritevoli di tutela** "in particolare quando, come nel caso di specie, escluda il diritto all'indennizzo per i danni causati dall'assicurato in costanza di contratto, ma dei quali il danneggiato abbia chiesto il pagamento dopo la scadenza del contratto (d'ora innanzi, per brevità, "le richieste postume"). La pronuncia, in esame, al contrario, ponendo l'accento sulla necessità che la garanzia comprenda le richieste postume, dovendosi diversamente ritenere immeritevole il "risultato" perseguito dal contratto, costituisce un'insanabile contraddizione tra la premessa posta dalle Sezioni Unite e lo scrutinio sollecitato dalla sentenza in esame, non più svolto "caso per caso", ma di generale e indifferenziata immeritevolezza dello schema *claims made*. La sentenza resa dalla III Sezione, infatti, pur premettendo un'articolata indagine in diritto, è **pervenuta alla definizione, in termini assoluti, di un principio valevole per qualsiasi fattispecie concreta** e, soprattutto, **svincolato da una valutazione complessiva del caso concreto**: per l'arresto in commento, infatti, la *claims made* priva di copertura "ultrattiva" rispetto alla scadenza di polizza è sempre immeritevole ai sensi dell'art. 1322 c.c. e perciò sempre nulla, quale che sia il

risultato assicurativo globale ricavabile da una considerazione organica del sinallagma delineato dal contratto.

Nel ragionamento della Corte non entra infatti assolutamente **in valutazione l'esistenza di una copertura retroattiva triennale** che, in qualche modo, **avrebbe potuto compensare la riduzione di garanzia in prossimità della scadenza**; né, per conseguenza, si effettua **alcuna comparazione tra i benefici accordati all'assicurato dal complesso delle garanzie convenute ed il premio** richiestogli dall'assicuratore.

In definitiva, la Cassazione ha condotto un esame atomistico e parziale della fattispecie sottopostale, prendendo in considerazione solo uno dei dati disponibili, ossia l'assenza della postuma, senza neppure motivare le eventuali ragioni di irrilevanza degli altri elementi contrattuali sulla cui base avrebbe dovuto svolgere una valutazione organica del contratto.

Taluno (CENTONZE) ha letto la scelta compiuta dalla pronuncia come una vera e propria **elusione dei criteri dettati dalle S.U.** Ciò si coglie laddove la sentenza, nel trattare del premio – ossia della pietra angolare su cui misurare l'equilibrio sinallagmatico in relazione alle obbligazioni assunte dall'assicuratore – afferma apoditticamente che "verosimilmente" esso è stato pagato dal contraente per ottenere una copertura esattamente coincidente con la durata della polizza, in altri termini una *loss occurrence*.

La **diversità rispetto alla pronuncia delle Sezioni unite** non riguarda solo il giudizio di immeritevolezza, ma **anche una diversa linea interpretativa** dell'art. 1322, comma 2, c.c.: **le S.U.** avevano ricondotto la **valutazione di meritevolezza ad un giudizio sull'elemento causale**, appoggiandosi ad un preciso indirizzo ermeneutico che valorizza l'equilibrio e la ragionevolezza del sinallagma; la **sezione semplice**, invece, ha sposato la diversa scuola di pensiero che, diversamente, identifica il **giudizio di meritevolezza** con una valutazione di conformità tra il patto negoziale ed i **principi costituzionali** (CENTONZE).

5.2. ... al nuovo intervento delle Sezioni Unite nel 2018

Le **Sezioni Unite** hanno dato risposta al quesito posto dalla terza sezione con una sentenza del **24 settembre 2018, n. 22437**.

Nella pronuncia i giudici delle Sezioni Unite affrontano *in primis* il **profilo della tipicità del contratto di assicurazione** contro la responsabilità civile in cui sia presente una clausola *claims made*.

Dice la corte che "**nello spazio concesso alla derogabilità** (art. 1932) del sotto-tipo delineato dal primo comma del citato articolo 1917 (ossia dello schema improntato al *loss occurrence* o all'*act committed*) **ben si colloca**, e non da ora soltanto, **il modello *claims made***, da accertarsi dunque nell'area della tipicità legale e di quella stessa del codice del 1942, nel suo più ampio delinarsi come assicurazione contro i danni, rifluendo nell'alveo proprio dell'esercizio dell'attività assicurativa".

Esclude poi la Corte **che la clausola possa essere dichiarata vessatoria** ai sensi dell'art. 1341 e necessiti pertanto di specifica sottoscrizione in quanto limitativa della responsabilità. Come detto la clausola *claims made* è una clausola che, individuando il sinistro assicurato, **rappresenta una delimitazione dell'oggetto del contratto e non della responsabilità**. Si **esclude anche il controllo di meritevolezza** ex art. 1322, 2 comma pur rimanendo "vivo e vitale il test su come la libera determinazione del contenuto contrattuale, tramite la scelta del modello *claims made*, rispetti, anzitutto i limiti imposti dalla legge che il primo comma postula per ogni intervento conformativo sul contratto inerente al tipo, in ragione del suo farsi concreto regolamento dell'assetto degli interessi perseguiti dai paciscenti, secondo quella che suole definirsi «causa in concreto» del negozio".

La Corte inoltre, nel considerare l'indagine che dovrà essere compiuta nella valutazione della conformità del regolamento contrattuale all'assetto degli interessi dei contraenti, non dimentica **gli obblighi di buona fede** che dominano anche la **fase precontrattuale**: «sul piano della fase prodromica alla conclusione del contratto secondo il modello della *claims made*, **gli obblighi informativi** sul relativo contenuto devono essere assolti dall'impresa assicurativa o dai suoi intermediari **in modo trasparente e mirato alla tutela effettiva dell'altro contraente**, nell'ottica di far conseguire all'assicurato una copertura assicurativa il più possibile aderente alle sue esigenze». Gli **obblighi di buona fede nelle trattative** di cui agli artt. 1337 e 1338 trovano **regole specificatamente dettate per il settore assicurativo nel codice delle assicurazioni** agli artt. 120, 166, 183-187 e (aggiungiamo noi) **nella normativa secondaria da Ivass ora nei regolamenti 40 e 41/2018**.

La violazione di tali obblighi, a prescindere dalla possibilità che la condotta scorretta abbia dato vita ad un vizio del consenso e quindi ad una annullabilità del contratto **apre al rimedio risarcitorio** il quale dovrebbe "far conseguire al contraente pregiudicato un effettivo ristoro del danno patito commisurabile all'entità delle utilità che avrebbe potuto ottenere in base al contratto correttamente concluso".

Non solo, ma **la Corte rileva come il settore sia modulato sull'obbligo per le imprese e per gli intermediari di offrire ai clienti contratti adeguati ai clienti** (art. 183 codice delle assicurazioni privati). Sarebbe quindi anche possibile all'esito della interpretazione del contratto rimessa al giudice di merito che si giunga a "**riconoscere una implementazione del regolamento negoziale ad opera di quelle prestazioni oggetto di informativa precontrattuale**, inclini a modulare un adeguato assetto degli interessi dell'operazione economica, che non abbiano poi trovato puntuale e congruente riscontro nel contratto assicurativo concluso". In questa valutazione anche la determinazione del premio di polizza assume valore in relazione al rischio, come osserva la Suprema Corte.

Si tratterà poi di **valutare il complesso delle condizioni contrattuali** tenuto conto della varietà delle clausole *claims made*. Si pensi alle clausole *claims* accompagnate dalla clausola di retroattività o dalla c.d. *sunset clause* (anche nota come clausola di ultrattività o postuma) e dalla c.d. *deeming clause* che consente all'assicurato di comunicare all'assicuratore ai fini della operatività della polizza circostanze di fatto conosciute in corso di contratto dalle quali potrebbe originarsi la richiesta risarcitoria.

6. Il contratto atipico di finanziamento a scopo previdenziale (Cass. 15 e 29 febbraio 2016, nn. 2900 e 3949) è inefficace e non nullo per immeritevolezza di tutela.

Di recente la Cassazione (30 settembre 2015, n. 19559, e da ultimo 15 e 29 febbraio 2016, nn. 2900 e 3949) è stata chiamata a vagliare la validità nonché la **meritevolezza di riconoscimento e di tutela**, da parte dell'ordinamento giuridico, di un **contratto atipico**, legato ad una forma di **investimento finanziario** tale da **garantire esigenze previdenziali del cliente**.

Per una migliore comprensione della questione, si deve evidenziare che l'operazione alla base della discussione si articola: a) nella concessione di un mutuo all'investitore destinato all'acquisto di prodotti finanziari della finanziatrice; b) in un mandato alla banca ad acquistare detti prodotti; c) nella costituzione in pegno degli stessi titoli allo scopo di garantire alla banca l'esatto adempimento dell'obbligazione di restituzione della somma data a mutuo; d) nella stipula di una polizza assicurativa ad ulteriore garanzia di restituzione delle somme mutate. Questo piano di accumulo viene presentato ai clienti come uno strumento previdenziale realizzato tramite operazioni finanziarie.

Il ricorrente ha contestato la validità di tale tipologia contrattuale evidenziando lo **squilibrio abnorme tra le controprestazioni**, a favore di un operatore specializzato e professionale ed in occasione della particolare vulnerabilità della controparte resa manifesta dal suo intento previdenziale: con l'immobilizzazione di una delle operazioni collegate, quella di mutuo, in un periodo di ammortamento trentennale e senza alcuna possibilità di intervenire sulla gestione dei fondi o sulla composizione del pacchetto titoli acquistato con la somma data a mutuo, se non recedendo dalla sola operazione finanziaria a condizioni particolarmente onerose. Ciò che, alla luce delle doglianze del cliente, rende **il contratto atipico non meritevole di tutela** ai sensi dell'art. 1322 c.c., a norma del quale è consentito alle parti e alla loro autonomia negoziale dare vita anche a negozi atipici, purché meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Infatti, **con questo contratto un contraente, approfittando della preoccupazione previdenziale della controparte, riesce ad ottenere propri certi vantaggi** derivanti dalla posizione sul mercato.

La Cassazione nella sentenza in esame ha ritenuto come **tale contratto atipico fondato sullo sfruttamento delle preoccupazioni previdenziali del cliente** da parte degli operatori professionali **mediante operazioni negoziali complesse di rischio e di unilaterale riattribuzione del proprio rischio di impresa**, in ordine alla gestione di fondi comuni comprendenti anche titoli di dubbia e problematica redditività nel proprio portafoglio, **non integresse**, ai fini del secondo comma dell'art. 1332 c.c., un **interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento**, per **contrasto con i principi** generali ricavabili dagli **artt. 47 e 38 Cost.** circa la **tutela del risparmio e l'incoraggiamento delle forme di previdenza anche privata**.

Alla luce di tali considerazioni, il Supremo Collegio ha **sancito l'inefficacia, e non la nullità**, del negozio in esame.

Proprio sulla **scelta della sanzione dell'inefficacia e non della nullità** sono state sollevate le principali **critiche** della dottrina.

Si è rilevato (BUONANNO), infatti, che **se il giudizio di meritevolezza ha ad oggetto la causa in concreto**, elemento strutturale del contratto – secondo quanto affermato dai giudici – **l'accertata immeritevolezza** del contratto stesso **come può non comportarne la nullità per illiceità** di uno dei requisiti di cui all'art. 1325 c.c.?

Per l'autore, **la Corte aderirebbe, in sostanza**, ad una **interpretazione estensiva del secondo comma dell'art. 1322 c.c.**, che subordina l'esercizio dell'autonomia negoziale alla condizione che il **contratto non sia soltanto lecito, ma che sia caratterizzato dall'ulteriore requisito di essere diretto al perseguimento di interessi socialmente utili ed apprezzabili**. Sposa, dunque, il pensiero di chi (BETTI) riteneva che l'interesse, per poter essere considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento giuridico, dovesse rispondere anche a una funzione socialmente rilevante, non essendo all'uopo sufficiente la mera non contrarietà a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

In tal senso **si opina** (FRATINI) che, **se si accedesse alla tesi** opposta, che **identifica** i due **giudizi di meritevolezza e liceità**, si dovrebbe ritenere **l'art. 1322 c.c. una norma superflua**, uno sterile doppione di altre disposizioni (in particolare, dell'art. 1343 c.c.) che già sanzionano, all'interno del nostro ordinamento, l'illiceità del contratto. E ciò appare necessario, soprattutto, dopo l'accoglimento della teoria della causa in concreto.

7. Conclusioni. Fu 'vera (im)meritevolezza'?

Al termine di questo percorso intorno ai contratti tipici e atipici emerge con chiarezza come **la Suprema Corte**, negli ultimi anni, abbia **ripetutamente fatto ricorso al giudizio di meritevolezza**, di cui all'art. 1322, 2° comma, c.c., riscoprendone così la portata, dopo decenni di costante identificazione col giudizio di liceità. Questo nuovo «filone» giurisprudenziale sembra innestarsi all'interno di un sempre più ampio ricorso alle clausole generali, per assicurare la «giustizia del caso concreto».

Brevemente si ricorda che la norma dell'art. 1322, 2° comma, c.c. costituisce una novità assoluta del codice d'età fascista, assente nei due modelli di riferimento, il Code Napoléon e il BGB. La portata di questa innovazione – e della sua limitazione ai soli contratti atipici – può cogliersi solo avendo riguardo anche al 1° comma, perché i «confini» dell'autonomia privata sono delineati dalla disposizione codicistica nella sua interezza (LENER).

L'aver **confinato il giudizio di meritevolezza ai soli contratti atipici** è del tutto **coerente con la centralità**, nella codificazione dello scorso secolo, **del tipo legale**, nonché **con l'accezione della causa del contratto quale funzione economico-sociale**. Chiarissimo a tal fine è il par. 6 della relazione del guardasigilli: «l'ordinamento [...] della nostra economia rispetta le iniziative private, ma l'individuo non è un atomo disperso; la sua attività è coordinata e associata a quella degli altri e tutti sono subordinati agli interessi dello Stato. [...] Come si è efficacemente sottolineato in dottrina, nel diritto dei contratti del tempo – e le stesse considerazioni valgono per il sistema nazional-socialista – l'individuo era considerato non già *uti singulus*, bensì *uti civis*, al quale attribuire un insieme di compiti o doveri finalizzati al soddisfacimento dell'utilità generale.

In questo contesto, ben si comprende come **i contratti atipici** rappresentassero una **tipologia marginale rispetto ai contratti nominati**, schemi predefiniti, questi ultimi, che assicura(va)no l'ordine: ciò rende ragione della necessità di verificare, solo con riguardo ai primi, che non si appresti «protezione al mero capriccio individuale» (se non, addirittura, alla mera «vanità» di una delle parti), dovendosi, anzi, perseguire «funzioni utili che abbiano una rilevanza sociale», come, ancora testualmente, recita il par. 603 della relazione, al secondo capoverso (LENER).

La **definitiva acquisizione** – anche nell'elaborazione giurisprudenziale, come visto in apertura di lezione – **del concetto di causa in concreto**, da un lato, e l'affermazione della **rilevanza della Carta costituzionale nell'ambito del diritto dei contratti**, dall'altro, inducono a **chiedersi se il giudizio di meritevolezza** non debba investire la **totalità dei contratti** e se, dunque, non abbia oggi una portata più ampia e – non foss'altro per questo – diversa rispetto ai tempi della sua comparsa nel codice.

Al riguardo, dunque, si è osservato (LENER), sulla scia dell'acquisita **centralità della causa in concreto**, da un lato, e della «**costituzionalizzazione**» del diritto dei contratti, dall'altro, che, mentre la **liceità** costituisce un **limite negativo all'esplicarsi dell'autonomia privata**, con riguardo a qualsivoglia fattispecie contrattuale, tipica o atipica che sia, la **meritevolezza** segni, viceversa, un **limite positivo**, frutto del raffronto tra interessi concretamente perseguiti (di nuovo, anche per il tramite di un contratto tipico) e valori primari di riferimento.

Si è così condivisa (LENER) la prima affermazione (giudizio di liceità per tutti i contratti), mentre, quanto alla seconda (autonoma rilevanza del giudizio di meritevolezza, nei termini della riferita coerenza, da applicarsi, anche in tal caso, a tutti i contratti), si sono evidenziate delle **perplexità**, non in linea teorica ma nella **concreta applicazione** che, della **meritevolezza**, ha fatto la **giurisprudenza** del «nuovo corso» nell'ultimo decennio.

Si è così rilevato (LENER, GUARNERI) che nelle **ipotesi** in cui la giurisprudenza ha dichiarato la **nullità** di un contratto perché **immeritevole di tutela, in realtà la causa di invalidità** andava ricondotta più correttamente ad altre e **diverse ragioni**.

Si è visto in precedenza che Cass. nn. 10506 e n. 10509 del 2017 ha sancito la **nullità per immeritevolezza delle clausole *claims made*** colpevoli di generare uno squilibrio contrattuale, previsto a vantaggio dell'assicuratore e a danno dell'assicurato, comportando per il primo un vantaggio ingiusto, sproporzionato e senza contropartita per il secondo, questa parte della dottrina opina che l'invalidità. Al riguardo si è al contrario rilevato che la nullità nel caso di specie sarebbe stato **preferibile ricondurla alla mancanza di causa** e di necessaria corrispettività tra premio pagato dall'assicurato e copertura completa del rischio da parte dell'assicuratore.

E questi rilievi sembrano essere stati condivisi proprio dalle Sezioni Unite (24 settembre 2018, n. 22437) che, escludendo l'immeritevolezza delle clausole, hanno rilevato, come visto, che il giudice di merito dovrà indagare sulla «causa concreta del contratto, che spazia dalla verifica di sussistenza stessa (ossia della adeguatezza rispetto agli interessi coinvolti) a quella di liceità (intesa come lesione di interessi delle parti tutelati dall'ordinamento)». Per capire se effettivamente sia stata realizzata la funzione pratica del contratto, quale assicurazione adeguata allo scopo, occorre analizzare l'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo, in quanto: «l'emersione di un disequilibrio palese di detto assetto si presta ad essere interpretato come sintomo di carenza della causa in concreto dell'operazione economica».

Ma anche **negli altri casi di contratti nulli**, perché **giudicati immeritevoli**, in altre sentenze, la **nullità** è da ascrivere **a ragioni estranee al capoverso dell'art. 1322** cod. civ. e attesta la mancanza di indipendenza della categoria dell'interesse non meritevole.

Così, la **clausola**, inserita in una **concessione di acque pubbliche**, che impone al concessionario il pagamento del canone anche nel caso di mancata fruizione della derivazione dell'acqua per impossibilità di funzionamento dell'impianto attribuibile ad eventi non imputabili al concessionario – nel caso, come visto *supra* si trattava della condotta ostativa di altra Pubblica Amministrazione –, è considerata (LENER, GUARNERI) **nulla per mancanza di causa, e non per immeritevolezza** (come affermato da Cass. Sez.Un.4222/17, di cui si è riferito *supra, par.*). Se ne trae conferma dal medesimo *dictum*, in cui si afferma che la clausola in questione, imponendo comunque il pagamento del canone, anche in caso di mancata erogazione dell'acqua, avrebbe sostanzialmente trasformato il contratto atipico in esame in contratto aleatorio, riversando sul concessionario ogni rischio, compreso quello legato ad eventi imponderabili in quanto non probabili secondo un criterio di normalità [...]. Alla luce di ciò ne deriva (LENER) come non sia corretto, anche rispetto a questa ipotesi contrattuale, parlare di (im)meritevolezza (per violazione dell'art. 41 Cost.), ma di difetto di volontà del concessionario in ordine alla stipulazione di un contratto squisitamente aleatorio.

Del pari è da considerare **nullo per mancanza di causa il contratto finanziario**, quale quello denominato 4You, che attribuisce alla banca vantaggi certi e garantiti e al risparmiatore, al contrario, non attribuisce alcuna prospettiva sicura di lucro (contrariamente a quanto sostenuto da Cass. 30 settembre 2015, n. 19559, come visto *supra, par.*).

Altra giurisprudenza (Cass., 19 luglio 2012, n. 12454) aveva giudicato immeritevole di tutela una **clausola di un mutuo di scopo, collegato ad un contratto di vendita**, avente ad oggetto l'acquisto di un bene da parte del mutuatario, che prevede l'obbligo del mutuatario di effettuare i singoli pagamenti a favore del mutuante nei modi e nei termini convenuti anche nel caso di inadempimento di qualsiasi genere da parte del debitore, ivi compresa la mancata consegna del bene richiesto. Anche questa fattispecie – si è obiettato (GUARNERI) – è in realtà

da ascrivere alla **mancanza di causa per assenza di scambio contrattuale oneroso di prestazioni.**

Altri casi di nullità per asserita immeritevolezza dell'interesse contrattuale sono invece stati considerati (LENER, GUARNERI) **contrari allo *ius cogens***:

a) la clausola di un contratto di locazione, contenente il divieto di ospitalità non temporanea di persone estranee al nucleo familiare anagrafico, per violazione dei doveri di solidarietà sociale e familiare garantiti dagli artt. 2, 3, 29 e 30 Cost. (Cass.14343/2009);

b) il contratto atipico stipulato tra farmacisti (questione esaminata da Cass.3080/2013), volto a vietare l'apertura delle farmacie al di fuori dei turni minimi e quindi a restringere convenzionalmente la concorrenza nel settore farmaceutico, in violazione delle regole di ordine pubblico a tutela della libertà di mercato (GUARNERI) o per contrasto con l'art. 1375 c.c., in quanto impone l'esecuzione del contratto *contra fidem bonam*: l'introduzione, nella fase di formazione del contratto, di una clausola che imponga, ad una delle parti, una condotta contraria a buona fede in sede esecutiva, va sanzionata con la nullità, in quanto la norma imperativa dell'art. 1375 c.c. viene ad essere violata nella fase genetica del consenso negoziale (LENER);

c) il patto parasociale, in virtù del quale alcuni soci di una s.p.a. si vincolano a far sì che coloro che detengono o deterranno le partecipazioni azionarie, in loro possesso all'atto della conclusione del patto, abbiano e conservino la possibilità di designare un certo numero di amministratori e di sindaci della società, a tempo indeterminato e implicante una limitazione alle possibilità del socio di liberarsi delle proprie quote trasferendole a terzi, perché in violazione del principio generale di ordine pubblico della temporaneità dei vincoli obbligatori (sulla quale Cass.9975/1995).

Alla luce della rassegna giurisprudenziale appena esaminata, si è rilevato (LENER) che se l'ordinamento conosce «strumenti» per sanzionare l'improprio esercizio dell'autonomia privata (nullità per contrasto con norme imperative, per illiceità della causa in concreto, per difetto della causa in concreto, specie in ipotesi di squilibri contrattuali ingiustificati, o, ancora, per contrasto genetico con l'obbligazione di buona fede *in executivis*, ecc.), il **ricorso generalizzato alla meritevolezza** appare **superfluo**, sì che **il nuovo corso odierno della meritevolezza** sembra essere il portato, più che di un'effettiva esigenza di disporre di nuovi «strumenti» di controllo dell'esercizio dell'autonomia privata, del **favore** di questi ultimi lustri **verso categorie concettuali elastiche**, tali **da consentire** in modo più agevole (e però, al contempo, semplificato) **di assicurare la «giustizia» del caso concreto**, con il ricorso, sempre più invasivo, a «valori» (primo fra tutti, la solidarietà, come visto *supra*, par.).