

rivista di diritto privato

1 anno XVII - gennaio/marzo 2012

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



**CACUCCI
EDITORE**

rivista di diritto privato

Pubblicazione trimestrale

Editrice

Cacucci Editore S.a.s.
Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)
www.cacuccieditore.it
e-mail: riviste@cacuccieditore.it
Telefono 080/62030890
Fax 080/5234777

Direttore responsabile

Nicola Cacucci

Comitato scientifico

Giorgio De Nova, Natalino Irti, Pietro Rescigno,
Pietro Schlesinger, Paolo Spada, Adriano Vanzetti

Direttore

Giorgio De Nova

Condirettori

Mario Cicala, Enrico Gabrielli, Luigi Augusto Miserocchi,
Vincenzo Roppo, Giuliana Scognamiglio, Giuseppe Tucci,
Giuseppe Vettori

Comitato editoriale

Pietro Abbadessa, Fabio Addis, Giuseppe Amadio,
Franco Anelli, Ciro Caccavale, Cristina Campiglio,
Paolo Carbone, Angelo Chianale, Massimo Confortini,
Giovanni D'Amico, Enrico del Prato, Valerio Di Gravio,
Fabrizio di Marzio, Aldo Angelo Dolmetta,
Andrea Fusaro, Carlo Ibba, Giancarlo Laurini,
Raffaele Lener, Francesco Macario, Vincenzo Meli,
Massimo Miola, Mario Notari, Giacomo Oberto,
Gustavo Olivieri, Mauro Orlandi, Fabio Padovini,
Giuseppe B. Portale, Renato Rordorf, Luigi Salvato,
Giuseppe Santoni, Davide Sarti, Michele Sesta,
Michele Tamponi, Federico Tassinari,
Gian Roberto Villa, Massimo Zaccheo,
Attilio Zimatore, Andrea Zoppini

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Realizzazione grafica

Quorum Italia S.r.l. – Bari

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Modugno (BA)

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009
Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

Abbonamenti

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Italia

Abbonamento annuale: € 125,00.

Esteri

Abbonamento annuale: € 250,00.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail rivista@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Prezzo singola copia: € 35,00.

Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Per l'invio di corrispondenza:

Cacucci Editore S.a.s. - Redazione, Via Nicolai, 39,
70122 Bari.

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,
e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003,
n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno
conservati nel data base informatico del titolare
del trattamento Cacucci Editore S.a.s..

I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale.

Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

rivista di diritto privato

2012

Comitato scientifico

Giorgio De Nova

Natalino Irti

Pietro Rescigno

Piero Schlesinger

Paolo Spada

Adriano Vanzetti

Direzione

Giorgio De Nova

Mario Cicala

Enrico Gabrielli

Luigi Augusto Miserocchi

Vincenzo Roppo

Giuliana Scognamiglio

Giuseppe Tucci

Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

SOMMARIO 1/2012

Saggi e pareri

Diritto privato e cultura

di Aurelio Gentili

7

Il recesso arbitrario tra principi e rimedi

di Matteo Dellacasa

13

Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento

di Matteo Ambrosoli

39

“Collegamento societario” e polisemie legislative

di Emiliano Marchisio

91

La responsabilità del libero professionista: oltre il formalismo

di Maria Elena Quadrato

111

Problemi delle professioni

Strumenti di composizione della crisi reversibile d'impresa: impatti fiscali e legali

di Alessandro Pellegatta

135

Il closing

di Arrigo Roveda

153

Saggi e pareri

Diritto privato e cultura*

di Aurelio Gentili

SOMMARIO: 1. Cultura civilistica e cultura giuridica. – 2. Cultura e informazione: maggiore informazione o altra cultura giuridica? – 3. E se invece servisse qualcos'altro? – 4. Dialogare con altre culture.

1. È stato come tutti sanno Celso a teorizzare l'idea che *incivile est, nisi tota lege perspecta, una aliqua particula eius proposita, judicare vel respondere*. E in tesi nessuno potrebbe dargli torto. Due più due fa quattro: come non è nel metodo del civilista non considerare tutta la legge che applica, così non è nel metodo non considerare tutte le leggi civili applicabili. Ed allora neppure è nel metodo trascurare le altre leggi, non di materia civile, che possano per il loro contenuto influire sul *responsum*. *Civile igitur est totas leges perspicere*.

Così, da diciotto secoli il diritto è sistema. O meglio: non lo è ma dovrebbe esserlo. E infatti anche quando non constatano l'*ordo ordinatus* che sarebbe desiderabile, i civilisti cercano quell'*ordo ordinans* senza il quale, ritengono, non sarebbe possibile alcuna risposta corretta nei casi difficili, in cui il problema per natura fuoriesce dalla mera applicazione di un isolato articolo di legge.

L'ideologia dei giuristi è insomma olistica: è il tutto che giustifica le parti, e non c'è vera cultura giuridica senza conoscenza integrale del sistema.

Ma certo il diritto dei romani del secondo secolo non aveva cinque codici di materia, una decina di codici di settore, parecchie centinaia di regolamenti e direttive, e centocinquanta leggi in vigore. Diviso tra *jus publicum* e *jus privatorum*, ignorava il diritto internazionale, costituzionale, comunitario, antitrust, parlamentare, regionale, delle telecomunicazioni, dei consumatori, dell'informatica, delle autorità indipendenti, dei marchi e brevetti, dell'intermediazione finanziaria, fallimentare, ecclesiastico, del terzo settore, penitenziario, della bioetica (e altri, naturalmente); e cinque o sei decine di riti civili, penali, amministrativi, del lavoro, agrari, monitori, speciali, camerali, abbreviati, comunitari, CEDU, internazionali, arbitrali, e quant'altro. Per non parlare delle innumerevoli giurisdizioni, nazionali, comunitarie, internazionali. O delle Autorità indipendenti e della loro attività regolamentare.

* Il saggio riproduce la relazione pronunciata al Convegno del 2-3 dicembre 2011 organizzato dall'associazione Civilisti italiani, sul tema *Il diritto civile e gli altri*.

Ma tant'è, per mestiere noi giuristi siamo più attenti a quel che dovrebbe essere che a quel che è. Vediamo la difficoltà. Però c'è sempre qualcuno, magari ispirato dal titanismo d'oltre Atlantico, che per risolverla si immagina un Hercules dell'interpretazione, capace, armato dei principi, di rimettere in riga la congerie delle regole. Dimenticando che per ogni cosa di principi ce ne sono sempre almeno due, e non vanno mai d'accordo.

Si profila così la preoccupante conclusione che l'impossibile sia necessario: non c'è vera cultura giuridica senza conoscenza globale del diritto.

2. A quella preoccupante conclusione per molto tempo è stato possibile opporre una distinzione. Altro è la cultura, altro l'informazione. Forse alla cultura del civilista non serve conoscere attualmente tutti i frammenti dell'insieme. Fedele al motto che la cultura è quello che resta quando tutto è dimenticato, egli pensa che gli basterà procurarsi le informazioni nel momento in cui si riveleranno rilevanti.

Effettivamente, fino alla metà del novecento era così. Ma perché fino ad allora la cultura del civilista era la cultura basilare del diritto. Partendo da essa le altre branche sistemavano le loro categorie concettuali. Il diritto dei privati era al contempo due cose: era anche una parte dell'ordinamento, recante la disciplina specifica di certi rapporti, ma era comunque l'intelaiatura concettuale su cui si modellavano, certo con varianti e adattamenti, le altre discipline giuridiche. La storia degli ultimi due secoli – che vide nascere il diritto moderno con codici civili – aveva in ciò consolidato un'abitudine culturale formatasi con l'uso come *jus commune* del diritto civile. E la loro ideologia – che volendo l'autoreferenzialità del diritto lo vincolava alle sue categorie, nate nell'alveo civilistico – ostacolava che altre se ne adottassero. Il giuspositivismo ha in tal modo fatto sì che per lungo tempo così fosse e così dovesse essere.

Ma la realtà è mutata.

È mutata nel particolare. In un cinquantennio la materia civilistica si è frantumata in molti pezzi, ciascuno dei quali ormai mescola competenze del tradizionale diritto dei privati a norme, principi, istituti, di diversa provenienza. Né il diritto privato offre più le basi concettuali della cultura comune: farebbe sorridere voler continuare a sistemare il provvedimento amministrativo come negozio giuridico pubblico, o classificare i gruppi e le reti di imprese come persone giuridiche, o tentare di esaurire i problemi dei trattati internazionali nelle disposizioni di parte generale sui contratti. Per converso, nemmeno tutti i civilisti credono più al negozio, studiano contratti alieni, foggiano la categoria dell'attività in luogo dell'atto, recepiscono gli interessi diffusi, parlano di autorità private, completano i loro sistemi con il *soft Law*, per non fare che degli esempi. Le tradizionali categorie civilistiche sono insomma divenute come le strade del quartiere in cui viviamo: sono note e rassicuranti, ma non portano lontano.

È mutata in generale. Il giuspositivismo è in declino. Il diritto vivente mangia spazio al diritto vigente. Strano ma vero, l'ordinamento non ha mai conosciuto tanto bisogno di integrazione come nel tempo dell'alluvione legislativa. Continuamente nuovi fenomeni premono, e se ad essi sembrano sempre impari le categorie giuridiche generali, ancor più sembrano inadeguate le tradizionali categorie civilistiche. Sempre necessarie, certo. Ma non più sufficienti. Il diritto, e il diritto civile, non trovano in quelle risposte pronte per i fallimenti del mercato, i problemi della bioetica, il terrorismo, l'organizzazione istituzionale di comunità transnazionali.

E per trovare quelle risposte nemmeno basta ampliare la propria informazione. Anch'essa necessaria, è anch'essa insufficiente. Offre dati di cui la risposta non può non tener conto, ma non sempre offre la risposta. E spesso la complica, perché quei nuovi dati legali, regolamentari, consuetudinari, giurisprudenziali, hanno molte volte rapporti di alterità concettuale con l'impianto tradizionale. Anche sempre nuova informazione, dunque. Ma più ancora, a nuova realtà giuridica, nuova cultura giuridica.

Così, per un civilista adeguare la propria cultura al tempo presente non significa solo estenderla (il che come detto ha, di fronte all'esplosione del sistema, dell'impossibile), ma anche cambiarla. Mutare, quando necessario, l'*habitus* mentale consolidato da una millenaria tradizione, e imparare ad elaborare nuovi concetti e nuove categorie che salvino – questo solo è davvero irrinunciabile – la razionalità della sua risposta.

Cambiare cultura però, quantomeno non è facile. Non si tratta tanto – per usare una metafora – di aggiungere un ricco nuovo lessico al proprio linguaggio, quanto di imparare altre lingue.

Ma parlare correntemente altre lingue richiede di adottarne la mentalità, correggendo o al caso addirittura sospendendo la propria. E questo può risultare molto difficile. Rischia di capitare ai civilisti quel che Flaubert racconta dei pacifici sacerdoti di Thanit, dal manto azzurro ed eunuchi, che nel crollo di Cartagine per salvarsi si volsero ai culti dei sacerdoti guerrieri di Baal, dal mantello rosso e dai riti fallici: mutarono il manto; ma non poterono cambiare il resto.

3. Chiamati alla duplice difficoltà di estendere smisuratamente la loro informazione e di modificare la loro cultura, i civilisti – siano giudici, avvocati o studiosi – si dividono.

Alcuni si arroccano nella consolante certezza che la proprietà è un diritto, il contratto è un atto di volontà, e i fatti giuridici producono effetti giuridici. E se la realtà non è d'accordo vuol dire che sbaglia perché lo ha detto il legislatore.

I più invece fanno tesoro di un pragmatismo smalzato. Perché – diciamocelo – in definitiva per risolvere (per esempio) i problemi della transazione sull'obbligazio-

ne solidale non è indispensabile essersi chiariti se (sempre per esempio) la delega gestoria ad un amministratore escluda la responsabilità penale degli altri per violazione delle leggi sulla sicurezza del lavoro.

Questo pragmatismo non è una fuga nell'empiria. Lo sostiene teoricamente la progrediente coscienza che la validità della soluzione giuridica è sì nella coerenza sistematica, ma non delle leggi, che coerenti e sistematiche non sono mai state, bensì del ragionamento su di esse, o meglio su tutte e sole quelle che l'interprete può giustificatamente dimostrare essere rilevanti per il caso.

Sotto questa coscienza – su cui è probabile che i più realisticamente consentano – c'è però un assunto su cui è probabile che i più dissentano. Perché se è così, e par difficile negarlo, allora il diritto non sta tanto nel dettato legale, quanto nella sua interpretazione. E la concreta conoscenza delle disposizioni fa certamente parte insopprimibile della necessaria informazione del giurista, ma non basta alla sua cultura. Non essendo – o solo in parte – nella legge, l'ordine concettuale con cui la si interpreta ed applica correttamente deve essere ricavato, almeno per il residuo, da un ulteriore apporto. Che – ancora per esempio – concorra nel guidare il civilista che si occupa della disciplina del mercato, o della regolazione della bioetica, o dell'uso giuridico delle nuove tecnologie.

Sicché, alla cultura del giurista, e del civilista in particolare, è certamente utile e spesso necessario essere informato non solo sulle diverse parti della sua materia bensì anche sulle altre materie; ma è altrettanto e talora ancor più necessario possedere qualcos'altro, che gli permetterà di condurre un ragionamento incontestabile su quella parte del dettato legale che la sua cultura gli indicherà essere rilevante per il caso.

Qualcos'altro, quindi. Ma cosa?

4. In un volume sull'interpretazione della legge scritto proprio mentre la necessità di un mutamento di cultura si rivelava, Giovanni Tarello ricordava che “è stata nel secolo scorso, è tuttora è, ideologia peculiare del ceto dei giuristi quella del c.d. positivismo giuridico, secondo cui tutto il diritto scaturisce solo da tutte le leggi; ma tale ideologia ha funzionato (...) senza però occultare il fatto che non tutta la disciplina del vivere sociale può reperirsi nell'insieme delle leggi” (G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 25 ss.). E ciò per quattro ragioni.

Alcune qui già dette. La seconda è la perenne incompletezza del dettato legale, che genera il suo continuo bisogno di integrazione. La terza la sua incoerenza, che impone il continuo ripensamento delle categorie. La quarta la consapevolezza del fatto che nel risolvere un caso non si può utilizzare l'intero discorso legale ed occorre ritagliarne un segmento appropriato, con una inevitabile opera di scomposizione e ricomposizione di cui dà giustificazione non la legge, che ne è oggetto, ma l'argomentazione.

Ma qui conta soprattutto la prima. E la prima è che non tutti i vocaboli – ma sarebbe giusto aggiungere non tutti i concetti – sono, né possono essere definiti nelle leggi. Perciò il loro senso deve essere ricavato *aliunde*. E quindi dalle culture politiche, filosofiche, economiche, scientifiche, che li forgiano, e che lo stesso legislatore servendosi del linguaggio che esse concorrono a plasmare, necessariamente implica. In un concorso inevitabile di cultura giuridica e altre culture.

Evidente il senso pratico di quanto appena detto. Per renderlo ancora una volta con un esempio, al civilista che si occupi del mercato darà meno ausilio l'informazione sul diritto processuale – sebbene conti – e più sulla teoria economica: più Akerloff che Allorio. Gli converrà guardare non solo al prisma giuridico dell'ordinamento ma anche al sisma economico del momento. E altrettanto è a dirsi ovviamente degli innumerevoli altri esempi che si possono fare.

Ma questo – riconosciamolo – significa per il civilista in particolare e i giuristi in generale rinunciare finalmente a quella autoreferenzialità della cultura giuridica che ha contrassegnato due secoli di giuspositivismo. Significa – fermo il ruolo e il metodo loro propri – aprirsi con la stessa buona disposizione tanto agli apporti del diritto commerciale, pubblico, penale, costituzionale, comunitario, che a quelli dell'economia, della filosofia, della sociologia, delle scienze.

Ad evitare che *trobar clus* in un linguaggio che non ha più l'importanza di un tempo, non escluda – come li sta escludendo – i giuristi dal generale dibattito culturale: occorre saper parlare anche le lingue degli altri per confrontarsi con loro.

Ad evitare che sia tuttora mitizzato un legislatore che (per esempio) disciplina l'"affitto dell'impresa", o denomina "contraente" del contratto di assicurazione il solo assicurato.

Ad evitare insomma che in qualche monografia scritta per le prossime abilitazioni si possa leggere (anche questa volta per esempio) che: ...il problema di una regolamentazione insieme equa ed efficiente dell'economia? È già risolto! Perché c'è una sentenza del Pretore di Guardia Sanframondi del 29 febbraio del '93.

Il recesso arbitrario tra principi e rimedi

di Matteo Dellacasa

SOMMARIO: 1. Il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del recesso: problemi e soluzioni. – 2. Il risarcimento dell'interesse negativo quale rimedio generalmente applicabile. – 3. L'identificazione del recesso arbitrario. – 4. Inefficacia del recesso e tutela in forma specifica del contraente deluso. – 5. Recesso arbitrario e abuso di dipendenza economica: ancora sul rimedio applicabile.

1. Il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del recesso: problemi e soluzioni

In giurisprudenza è ormai consolidato l'orientamento in base al quale il giudice è legittimato a sindacare l'esercizio del recesso discrezionale¹. In presenza di un'espressa

¹ Ci si riferisce in primo luogo alla notissima sentenza di legittimità relativa al caso "Alibrandi c. Renault Italia": Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85, con nota di A. Palmieri e R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*, in *Contratti*, 2010, p. 5, con nota di G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 828, con nota di L. Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, in *Danno resp.*, 2010, p. 347 con nota di A. Mastroiilli, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Giur. it.*, 2010, p. 556 (s.m.), con note di P. Monteleone, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto ed abuso del diritto*, e di F. Scaglione, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, *ibidem*, p. 809 (s.m.), con nota di F. Salerno, *Abuso del diritto, buona fede, proporzionalità: i limiti del diritto di recesso in un esempio di jus dicere "per principi"*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 653 (s.m.), con nota di F. Panetti, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti non recuperabili dell'affiliato nella disciplina dei contratti di distribuzione: in margine a Cass., 18 settembre 2009, n. 20106*. Per ulteriori commenti della sentenza, si rinvia alle note successive. Nella giurisprudenza anteriore, il sindacato di buona fede sul recesso discrezionale è stato avvalorato da Cass. 6 agosto 2008, n. 2150, in *Giur. comm.*, 2010, II, p. 229, con nota di G. Grosso, *Osservazioni in tema di recesso della banca e clausola generale di buona fede*; Cass. 18 ottobre 2003, n. 15482, in *Dir. giur.*, 2004, p. 525, con nota di F. Borghi, *Osservazioni sulla figura dell'abuso del diritto*, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 3011, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1845, in *Giur. it.*, 2004, I, p. 2064, con nota di E. Bergamo, *L'abuso del diritto ed il diritto di recesso*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, I, p. 305, con nota di M. Grondona, *Disdetta del contratto, abuso del diritto e clausola di buona fede: in margine alla questione del precedente giudiziale*; Cass., 23 settembre 2002, n. 13823, in *Banca borsa tit. cred.*, 2005, II, p. 3, con nota di O. De Nicola, *Sul diritto della banca scontante alla restituzione della somma anticipata*; Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, in *Foro it.*, 1997, I, c. 2479, in *Banca borsa tit. cred.*, 1997, II, p. 648, in *Giur. it.*, 1998, p. 511, in *Giust. civ.*, 1998, I, p. 507, con nota di M. Costanza, *Sulla clausola di recesso della banca dal contratto di apertura di credito*; App. Milano, 10 maggio 2002, in *Giur. it.*, 2003, p. 502; Trib. Roma, 20 febbraio 1997, in *Giur. comm.*, 1999, II, p. 449, con nota di A.V. Guccione, *Intese vietate e contratti individuali «a valle»: alcune considerazioni sulla c.d. invalidità derivata*; Trib. Roma, 28 dicembre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 266, Arbitro bancario finanziario Roma, 23 aprile 2010, in *Rep. Foro it.* 2011, *Merito extra*, n. 2011.427.4. In senso contrario Cass., 14 novembre 2006, n. 24274, in *Corr. giur.*, 2007, p. 798, con nota di G. Gliatta, *Contratto di agenzia e obbligo di preavviso in caso di recesso*, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007,

domanda di parte il giudice è, anzi, *obbligato* a verificare la conformità della condotta del recedente al canone della buona fede contrattuale. Allo stato attuale, una sentenza di merito che omettesse tale valutazione sarebbe destinata ad essere cassata in sede di legittimità: l'interprete, in altri termini, non può rifiutare il sindacato giurisdizionale deducendo il carattere discrezionale del recesso, non ancorato alla ricorrenza di presupposti oggettivi, ma rimesso alla semplice volontà della parte legittimata. Egli è tenuto a considerare il merito della questione, cioè a verificare se la condotta del recedente non implica un abuso del relativo diritto o non si pone in contrasto con il principio di buona fede. Le due formule appena evocate – buona fede ed abuso del diritto – permangono distinte nella riflessione dottrinale; tendono invece ad identificarsi nell'argomentazione giurisprudenziale più recente, che assegna ad esse una valenza analoga.

Una valutazione alla luce del canone della buona fede si impone anche nell'ipotesi in cui il recesso non sia rimesso alla mera volontà della parte legittimata in quanto il contratto lo subordina alla ricorrenza di presupposti oggettivi, spesso inerenti alla sfera della controparte. Si è infatti ritenuto che il giudice è tenuto a verificare se la scelta di interrompere il rapporto è conforme a buona fede anche in presenza di una giusta causa di recesso prevista dal contratto. In relazione a questa ipotesi, si è nuovamente affermato che l'interprete non può rifiutare tale valutazione in considerazione del fatto che il recesso appare legittimato da un'espressa clausola contrattuale: lo dimostra una nota vicenda processuale, nel contesto della quale due sentenze di merito che avevano omesso tale sindacato sono state cassate in sede di legittimità².

La rilevanza di tali approdi giurisprudenziali e l'enfasi posta su alcuni passaggi argomentativi hanno stimolato una cospicua produzione dottrinale. La riflessione tende a concentrarsi su alcuni aspetti ricorrenti. In primo luogo, si osserva che in base all'orientamento qui sintetizzato il giudice è tenuto a sindacare il comportamento della parte che, esercitando il diritto di recesso, *agisce in conformità ad una clausola contrattuale*. Il controllo giurisdizionale sulla condotta del recedente comporta, dunque, una marcata alterazione delle scelte compiute dalle parti in sede di formazione del contratto³. Ci si chiede, dunque, entro quali limiti il giudice possa

I, p. 948, con nota di N. Muccioli, *Diritti potestativi e frode alla legge: la cassazione tra (declamati) principi di diritto e (reale) verifica della regola privata*.

² Si allude al caso "*Sieni-Credit Swiss*": Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1479, con nota di A. di Majo, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Contratti*, 2000, p. 1111, con nota di F. Di Ciommo, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3495; Cass. 2 aprile 2005, n. 6923, in *Dir. prat. soc.*, 2005, 21, p. 54.

³ A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 357 ss.; G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede*, cit. nt. 1, p. 17; A. Palmieri e R. Pardolesi, *Della serie «a volte ritornano»*, cit. nt. 1, c. 97; M.R. Maugeri, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 20106/2009*,

sovrapporre una propria valutazione – fondata sullo svolgimento del rapporto contrattuale – a quella compiuta dalle parti contestualmente alla formazione dell'accordo. La linea di tensione tra autonomia privata e potere correttivo del giudice si intreccia con quella tra atto e rapporto⁴.

Si riflette, poi, sugli strumenti più idonei a governare il sindacato che ha per oggetto il recesso discrezionale. Come si è anticipato, in alcune significative pronunce giurisprudenziali buona fede ed abuso del diritto vengono considerati strumenti equivalenti, entrambi idonei a sanzionare la condotta arbitraria del recedente⁵. In dottrina tale convergenza viene per lo più criticata⁶, ma le soluzioni proposte non sono uniformi. In base a una prima corrente di pensiero, la categoria dell'abuso del diritto è sostanzialmente irrilevante sul piano applicativo, sicché il sindacato sull'esercizio del recesso è governato dal canone della buona fede⁷. Secondo un indirizzo parimenti autorevole, invece, l'abuso del diritto gioca su questo terreno un ruolo significativo⁸. Il favore per il ricorso alla categoria dell'abuso sembra avere implica-

in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 329; C. Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti: buona fede e recesso dal contratto*, in *Eur. Dir. priv.*, 2003, p. 807 s. Si osserva, a questo proposito, che per effetto del sindacato giurisdizionale condotto alla stregua del principio di buona fede il recesso discrezionale si approssima a quello "per giusta causa": cfr. A. Vilella, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, Esi, 2008, p. 173 s.; C. Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 810; P. Manes, *Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito a tempo indeterminato e violazione della buona fede*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 922; F. Galgano, *Abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 25; G. Santoro, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, in *Contr. impr.*, 1986, p. 777. Gli ultimi due autori citati, peraltro, sostengono che la differenza tra recesso *ad nutum* e recesso arbitrario, venuta meno sul piano sostanziale, permane in ordine al regime probatorio: mentre la giusta causa di recesso deve essere dimostrata dal contraente che scioglie il contratto, è onere della controparte provare che il recesso è contrario a buona fede. La convergenza tra recesso *ad nutum* assoggettato a sindacato di buona fede e recesso per giusta causa viene invece disattesa da F. Di Ciommo, *Recesso dal contratto di apertura di credito*, cit., p. 1116 ss.

⁴ Per una simile notazione v., incisivamente, F. Macario, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza di cassazione*, in *Corr. giur.*, 2009, p. 1586.

⁵ Ci si riferisce, in particolare, a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106; Cass. 18 ottobre 2003, n. 15482, cit. nt. 1.

⁶ Una voce assai autorevole, peraltro, condivide l'impostazione della giurisprudenza: cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, in *Contr. impr.*, 2011, p. 318 s. Nello stesso senso M. Baraldi, *Il recesso ad nutum non è, dunque, recesso ad libitum. La Cassazione di nuovo sull'abuso del diritto*, in *Contr. impr.*, 2010, p. 60 s. Per una valutazione critica di tale posizione, cfr. G. D'Amico, *Ancora su buona fede e abuso del diritto. Una replica a Galgano*, in *Contratti*, 2011, p. 653 s.

⁷ Cfr. M. Orlandi, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, p. 147 ss., spec. 158 s.; F. Viglione, *Il giudice riscrive il contratto per le parti: l'autonomia negoziale stretta tra giustizia, buona fede e abuso del diritto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 149 s., 153; C. Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti*, cit. nt. 3, p. 813 s.; F. Di Ciommo, *Recesso dal contratto di apertura di credito*, cit. nt. 2, p. 1121. Tra le voci dottrinali che ritengono la categoria dell'abuso poco o nulla rilevante sul piano applicativo si ricordano R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. Sacco, *Il diritto soggettivo*, Utet, 2001, p. 373; C. Salvi, voce *Abuso del diritto (diritto civile)*, in *Enc. Giur. Treccani*, I, Ed. Enc. It., I, 1988, ad vocem, pp. 3, 5.

⁸ Cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit. nt. 6, p. 311 ss.; M. Baraldi, *Il recesso ad nutum*, cit. nt. 6, p. 54 ss.; R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in *Contratti*, 2010, p. 524 ss.

zioni sul piano dei rimedi ritenuti applicabili: il recesso abusivo sarebbe inefficace, sicché la parte a cui è indirizzato potrebbe ottenere l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale⁹. Non mancano, poi, opinioni dottrinali che propongono una integrazione tra i due strumenti appena evocati: mentre l'abuso consente di verificare la conformità dell'*interesse* perseguito dal recedente a quello che ha determinato l'attribuzione del diritto, il canone di buona fede implica una valutazione della *condotta* tenuta dal recedente nell'esecuzione del contratto¹⁰.

Ancora, le pronunce giurisprudenziali che sanzionano il recesso arbitrario sollecitano una riflessione approfondita sui rapporti tra principi di diritto comune (autonomia privata e buona fede) e regole speciali, elaborate in relazione ai contratti d'impresa caratterizzati da asimmetria di potere tra le parti: ci si riferisce, in particolare, alla disciplina dell'affiliazione commerciale e a quella dell'abuso di dipendenza economica (art. 3 l. 6 maggio 2004, n. 129; art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192).

Anche in relazione a questo aspetto la dottrina appare divisa. Alcuni autori rilevano una marcata convergenza tra il giudizio condotto in base a buona fede e quello che assume a riferimento l'abuso di dipendenza economica. In tale prospettiva culturale, la buona fede giustifica l'intervento del giudice sul contenuto del contratto, avallando l'elaborazione di regole difforni rispetto a quelle pattuite dalle parti all'atto della conclusione dell'accordo. L'abuso di dipendenza economica – che prevede espressamente un sindacato del giudice sulle condizioni contrattuali “squilibrate” – non costituisce, dunque, un istituto eccezionale, ma armonico con un principio portante del diritto dei contratti qual è quello di buona fede¹¹. Ne consegue che la sua applicazione non resta circoscritta entro i limiti del contratto di subfornitura, ma si estende a tutti i rapporti in cui sussiste una relazione di dipendenza economica. In quest'ottica, d'altra parte, la definizione dell'ambito di applicazione dell'istituto diventa un falso problema, in quanto lo stesso principio di buona fede autorizza l'intervento del giudice sulle condizioni contrattuali¹².

⁹ Cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur neminem laedit?*, cit. nt. 6, p. 317.

¹⁰ Cfr. C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 341 ss.

¹¹ Cfr. L. Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, cit. nt. 1, p. 841 ss.

¹² In questo senso ancora L. Delli Priscoli, *Abuso del diritto e mercato*, cit. nt. 1, p. 841, secondo cui «potrebbe addirittura sostenersi che la norma in tema di abuso di dipendenza economica non sia oramai più necessaria, perché sarebbe semplicemente sufficiente fare uso della norma sulla buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.)». Nella stessa prospettiva, E. Battelli, *Servizi di telefonia: violazione della libertà di contrarre e dipendenza economica*, in *Corr. merito*, 2007, p. 184; M. Bianca, *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Giuffrè, 2000, p. 405; E. Capobianco, *Contrattazione bancaria e tutela dei consumatori*, Esi, 2000, pp. 62 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Isernia, 12 aprile 2006 (ord.), in *Giur. merito*, 2006, p. 2149 (s.m.), con nota di L. Delli Priscoli, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nel franchising, fra principio di buona fede e tutela del mercato*, per esteso nella banca dati *DeJure Giuffrè*. Distinta la posizione di R. Natoli, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, cit. nt. 8, p. 526 ss., secondo il quale l'abuso di dipendenza econo-

Su posizioni opposte si colloca chi, invece, ritiene la buona fede un fattore di integrazione degli effetti del contratto necessariamente armonico con le scelte compiute dalle parti. Il principio non legittima un intervento correttivo del giudice sulle condizioni contrattuali, ma solo l'elaborazione di regole coerenti con la fisiologia dell'operazione economica prefigurata dall'accordo delle parti¹³. Questo porta, da un lato, a criticare il sindacato giurisdizionale sul recesso *ad nutum*, considerato alla stregua di una inammissibile manipolazione delle condizioni contrattuali: il giudice, infatti, sostituisce alla clausola che ammette il recesso discrezionale una diversa regola, che sanziona la scelta di interrompere il rapporto in assenza di un idoneo fondamento giustificativo. Conduce, dall'altro, a qualificare come eccezionale la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, la cui applicazione viene limitata ai contratti di subfornitura¹⁴. L'invalidità delle condizioni contrattuali squilibrate prevista dalla normativa speciale contrasta frontalmente con il principio di autonomia privata, che riserva alle parti il compito di determinare il contenuto del contratto (art. 1322 c.c.); né essa trova riscontro nel canone della buona fede, che non giustifica alcun intervento correttivo del giudice, ma solo l'elaborazione di regole funzionali ad una più completa attuazione dell'accordo.

Sullo sfondo di tali considerazioni si registra una diffusa perplessità, che scaturisce dal carattere vago e indeterminato dei criteri che governano il controllo sull'esercizio del recesso discrezionale¹⁵. In assenza di regole di giudizio più precise e analitiche, il sindacato giurisdizionale rischia di risolversi in un fattore di incertezza che può ostacolare le relazioni economiche.

Se la riflessione dottrinale si concentra prevalentemente su questi temi, il versante dei rimedi che conseguono al recesso arbitrario risulta, invece, assai meno frequentato. La ricognizione della letteratura evidenzia uno iato piuttosto netto. Gli autori che considerano il recesso arbitrario da un punto di vista generale dedicano alla ricostruzione del regime dei rimedi un'attenzione comparativamente più limita-

mica disciplinato dall'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192 è piuttosto riconducibile alla categoria civilistica dell'abuso del diritto: l'interprete non è legittimato a sindacare l'equilibrio economico del contratto, ma è tenuto a verificare se gli interessi perseguiti dal titolare del diritto si conformano a quelli rispetto ai quali l'attribuzione del diritto è funzionale.

¹³ Cfr. C. Scognamiglio, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 142 ss.; A. Gentili, *Abuso del diritto e uso dell'argomentazione*, cit. nt. 3, p. 357 ss.

¹⁴ Cfr. A.P. Scarso, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust*, II parte, in *Resp. civ., prev.*, 2010, p. 512 ss.

¹⁵ V., a titolo esemplificativo, F. Gambino, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso (note sull'abuso del diritto)*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 67; A. Palmieri e R. Padolesi, *Della serie «a volte ritornano»*, cit. nt. 1, c. 97; M.R. Maugeri, *Concessione di vendita, recesso*, cit. nt. 3, p. 329 s.; F. Viglione, *Il giudice riscrive il contratto per le parti*, cit. nt. 7, p. 150; R. Padolesi, *Conclusioni*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 348.

ta rispetto a quella relativa ai profili strettamente sostanziali a cui si è appena fatto riferimento (opportunità e condizioni del sindacato giurisdizionale). Le soluzioni proposte sono talvolta apodittiche, o fortemente condizionate dalla costruzione dogmatica accolta: sembra mancare un'analisi approfondita del rapporto tra interesse tutelato e rimedio applicabile. Il tema assume, invece, una rilevanza preponderante tra i commentatori della disciplina dell'abuso di dipendenza economica: in questo ambito, si registra una diffusa sensibilità all'esigenza di elaborare soluzioni realmente idonee a tutelare gli interessi dell'impresa dipendente. Anche su questo terreno, tuttavia, non si riscontrano soluzioni uniformi.

Sulla base di questa sintetica ricognizione, è possibile mettere a fuoco gli obiettivi del presente contributo ed enunciare le tesi che verranno sostenute, rinviando ai paragrafi successivi la loro argomentazione. In primo luogo, sosteneremo che il sindacato giurisdizionale sul recesso *ad nutum* si rende opportuno in relazione a tutti i contratti, e non solo a quelli caratterizzati da asimmetria di potere tra le parti. Adotteremo dunque, in un primo momento, il punto di vista dell'interprete del codice civile, che assume le parti del rapporto contrattuale come tendenzialmente neutre. Come verrà evidenziato, il controllo di buona fede sul recesso discrezionale consente di risolvere una contraddizione interna alla normativa codicistica e presenta forti analogie con la responsabilità derivante dalla rottura ingiustificata della trattativa (art. 1337 c.c.). Il rimedio generalmente applicabile a favore della parte che subisce il recesso arbitrario verrà identificato con il risarcimento dell'interesse negativo: il contraente deluso può ottenere il rimborso delle spese sostenute e il risarcimento delle occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare¹⁶.

In secondo luogo, si indicheranno i criteri che consentono di identificare il recesso arbitrario. Sono da condividere le perplessità espresse in dottrina, che segnala come l'indeterminatezza delle regole di giudizio adottate dalla giurisprudenza possa pregiudicare la certezza delle relazioni economiche. La definizione del recesso arbitrario, dunque, deve essere il più possibile precisa e analitica. Le considerazioni svolte in relazione a questo aspetto sono compatibili tanto con il recesso convenzionale, quanto con il recesso legale che caratterizza i contratti a tempo indeterminato, sui quali verte il presente studio¹⁷.

¹⁶ V., *infra*, §§ 2,3.

¹⁷ V., *infra*, § 4. In entrambi i casi, la parte legittimata a recedere può affrancarsi dal rapporto contrattuale "a costo 0", senza che sia previsto a suo carico il pagamento di alcun risarcimento: la clausola che prevede il recesso e la mancata previsione di un termine di durata sono *tendenzialmente* incompatibili con l'affidamento della controparte nella stabilità del rapporto e giustificano, così, lo scioglimento discrezionale del contratto. Ben diversa la disciplina dei recessi discrezionali previsti dalla legge in relazione ai contratti a tempo determinato riconducibili all'archetipo della *locatio operis* e al mandato (artt. 1671; 1685; 1725; 2227 c.c.): su questo terreno, il recedente – che ha perso interesse per l'esecuzione della prestazione "in natura" di cui è creditore – è tenuto a risarcire il danno subito dalla controparte per effetto della mancata attuazione dello scambio. Il risarci-

Valuteremo, infine, se la sussistenza di una relazione di dipendenza economica tra l'impresa che recede arbitrariamente e la sua controparte contrattuale possa giustificare l'applicazione di un rimedio differente rispetto al risarcimento dell'interesse negativo. Siamo orientati a rispondere affermativamente. Se l'impresa che subisce il recesso illegittimo ha sostenuto investimenti specifici – incentrati sulle esigenze della controparte, e per questo difficilmente recuperabili – il risarcimento dell'interesse negativo offre una tutela parziale e inadeguata. I rimedi applicabili, invece, devono salvaguardare l'interesse positivo dell'impresa dipendente, collocandola nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata qualora il rapporto fosse stato attuato¹⁸.

Dato questo presupposto, la tutela in forma specifica offerta dall'inefficacia del recesso e dall'adempimento coattivo del rapporto contrattuale appare preferibile rispetto alla tutela per equivalente rappresentata dal risarcimento dell'interesse positivo. L'impresa dipendente necessita di recuperare in tempi rapidi il costo degli investimenti sostenuti per dare attuazione al rapporto, e divenuti inutili a seguito del suo scioglimento; se ha fatto ricorso al credito, la mancata percezione dei ricavi attesi rende attuale il rischio di insolvenza. In questa situazione, il risarcimento del danno che verrebbe corrisposto al termine del processo di cognizione rischia di risultare intempestivo. Una tutela più incisiva è offerta dall'inefficacia del recesso e dal conseguente adempimento coattivo del rapporto contrattuale, azionabile anche in sede cautelare (art. 700 c.p.c.). L'ordine del giudice che impone l'attuazione del contratto va considerato non solo e non tanto per il suo contenuto, ma per l'effetto che produce sull'impresa dominante: a seguito del provvedimento cautelare che impone la prosecuzione del rapporto, quest'ultima è indotta a negoziare con la controparte lo scioglimento del contratto. Il consenso dell'impresa dipendente alla liberazione

mento previsto dalla legge è commisurato all'interesse positivo: la controparte del recedente, infatti, consegue non solo il rimborso delle spese sostenute, ma anche il risarcimento del mancato guadagno. La decisione di sciogliere il contratto effettuata dal recedente non è legittimata dal regolamento contrattuale, e per questo la legge la equipara ad un inadempimento: il risarcimento, infatti, si identifica con quello del danno "da risoluzione". In definitiva, riconoscendo la legittimazione a recedere al creditore della prestazione in natura la legge "riveste" di un diritto (*ius poenitendi*) un comportamento illecito qual è l'inadempimento, e seleziona il rimedio esperibile dalla controparte: mentre di regola il creditore può scegliere tra l'adempimento coattivo e il binomio risoluzione-risarcimento (art. 1453 c.c.), la controparte del recedente si deve rassegnare allo scioglimento del contratto e viene tutelata per equivalente tramite un risarcimento commisurato all'interesse positivo. I recessi discrezionali riscontrabili sul terreno dei contratti di *locatio operis* e del mandato costituiscono, dunque, uno strumento di tecnica legislativa grazie al quale, escludendo l'adempimento coattivo, viene selezionato il rimedio esperibile dal contraente fedele. In relazione ad essi, come è evidente, non è neppure ipotizzabile un sindacato di buona fede: è la legge stessa a dettare una disciplina che, grazie al risarcimento dell'interesse positivo, colloca la parte delusa nella medesima situazione in cui si sarebbe trovata se lo scambio fosse stato attuato. Per un'analisi di questo profilo, e per i relativi riferimenti, v., volendo, M. Dellacasa, *Il recesso unilaterale*, in *Trattato della responsabilità contrattuale*, diretto da G. Visintini, I, *Inadempimento e rimedi*, Cedam, 2009, p. 675 ss.; Id., *Recesso discrezionale e rimedi contrattuali*, Giappichelli, 2008, p. 29 ss.

¹⁸ V., *infra*, § 5.

dal vincolo non più gradito viene conseguito grazie al pagamento di una somma di denaro che compensa tempestivamente l'interesse lesso.

In definitiva, la tutela in forma specifica anticipata in sede cautelare è maggiormente idonea di quella per equivalente a reintegrare le ragioni dell'impresa dipendente, che dopo aver sostenuto investimenti cospicui si trova in crisi di liquidità. La soluzione proposta, inoltre, consente di eludere le difficoltà che ostacolano la corretta determinazione del risarcimento: le parti impegnate nella trattativa avente ad oggetto la risoluzione del contratto sono in condizione di valutare meglio del giudice i rispettivi interessi all'attuazione e allo scioglimento del rapporto.

2. Il risarcimento dell'interesse negativo quale rimedio generalmente applicabile

Assumiamo, ora, la prospettiva propria dell'interprete del codice civile, in cui le parti del rapporto contrattuale interessato dal recesso arbitrario non sono "caratterizzate", ma tendenzialmente neutre. A nostro avviso, il sindacato sull'esercizio del diritto di recesso è necessario anche se tra i contraenti non sussiste una relazione di dipendenza economica; il rimedio più idoneo a tutelare la controparte del recedente si identifica, inoltre, con il risarcimento dell'interesse negativo.

L'adozione di un regime di responsabilità che sanziona il recesso arbitrario e protegge l'affidamento della parte interessata all'attuazione del rapporto consente di risolvere una contraddizione interna alla normativa codicistica. L'art. 1229 c.c. sancisce la nullità delle clausole che escludono o limitano la responsabilità del debitore per dolo o colpa grave; è nulla una clausola che legittima l'inadempimento volontario del debitore, esonerandolo totalmente o parzialmente dall'obbligo di risarcire il danno. Alla base della disposizione, si rinviene l'esigenza di salvaguardare il valore dell'obbligazione assunta dal debitore: se scegliendo di non adempiere quest'ultimo non dovesse risarcire il danno cagionato alla controparte, l'impegno assunto contrattando l'obbligazione risulterebbe vanificato¹⁹. Le parti, in altri termini, non possono contrarre un'obbligazione e, nello stesso tempo, escludere l'applicazione del rimedio che ne garantisce l'adempimento.

¹⁹ Cfr. G. Villa, *Danno e risarcimento contrattuale*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, V. Rime-2, a cura di V. Roppo, Giuffrè, 2006, p. 832; M. Franzoni, *Trattato della responsabilità civile. Il danno risarcibile*, Giuffrè, 2004, p. 691; G. Ceccherini, *Responsabilità per fatto degli ausiliari – Clausole di esonero della responsabilità*, in *Comm. cod. civ.* diretto da P. Schlesinger, continuato da F. D. Busnelli, Giuffrè, 2003, sub art. 1229, p. 149 ss.; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica e Zatti, Giuffrè, 2001, pp. 997 ss.; L. Cabella Pisu, *Le clausole di esonero da responsabilità*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Rescigno, 9, *Obbligazioni e contratti*, 2ª ed., Utet, 1999, pp. 287 ss.; F. Benatti, *Contributo allo studio delle clausole di esonero da responsabilità*, Giuffrè, 1971, pp. 29 ss.

Per contro, in base all'art. 1373 c.c. è valida la clausola che attribuisce ad una delle parti, o a entrambe, il diritto di recedere discrezionalmente. Di regola, nei contratti diversi da quelli di durata il recesso può essere esercitato solo fino al momento in cui l'esecuzione viene iniziata. La disposizione è tuttavia derogabile, sicché sarebbe certamente valida una clausola che legittimasse il recesso anche dopo tale momento. La parte legittimata a recedere, dunque, può affrancarsi "a costo 0" dal rapporto contrattuale se, avendo perso interesse per esso, sceglie di non adempiere: le è sufficiente esercitare lo *ius poenitendi*.

Come è evidente, le due disposizioni disciplinano diversamente il rapporto tra l'autonomia privata e la scelta di non attuare il contratto assunta da una delle parti. In base all'art. 1229 c.c., l'inadempimento volontario del debitore comporta una sua responsabilità anche se la stessa è stata espressamente esclusa da una clausola pattuita con il consenso del creditore. Ai sensi dell'art. 1373 c.c., la parte che ha perso interesse per la realizzazione dell'affare può affrancarsi senza oneri dal vincolo contrattuale esercitando il diritto di recesso. Ai termini della prima disposizione, il soggetto interessato all'attuazione del contratto ottiene comunque il risarcimento del danno, quantificato nella misura dell'interesse positivo (art. 1223 c.c.). In base alla seconda, il contraente che ha accordato alla controparte la legittimazione a recedere subisce lo scioglimento del rapporto senza ottenere alcun risarcimento.

Non risulta che questa evidente contraddizione sia stata rilevata in dottrina. Con tutta probabilità, la ragione risiede nel fatto che nella sistematica tradizionale le due disposizioni occupano aree diverse del diritto delle obbligazioni e dei contratti. La disciplina delle clausole di esonero e limitazione della responsabilità viene collocata nel contesto dei rimedi contro l'inadempimento; il recesso convenzionale viene invece ricondotto nell'ambito degli effetti del contratto: esso non costituisce un *fatto* – qual è l'inadempimento di un'obbligazione – ma un *atto negoziale* che comporta lo scioglimento del contratto. Benché sia evidente che il recesso offre al contraente che lo esercita la legittimazione ad affrancarsi dal rapporto obbligatorio "a costo 0", ogni confronto con il regime dell'inadempimento viene evitato.

La sistematica e le categorie dogmatiche tradizionali, peraltro, non sanano le contraddizioni del dettato codicistico. Se certamente la clausola che attribuisce la legittimazione a recedere è valida (art. 1373 c.c.), è altrettanto certo che la legge non consente all'autonomia privata di escludere il risarcimento del danno derivante dalla scelta volontaria di non attuare il rapporto (art. 1229 c.c.).

A nostro avviso, la contraddizione può essere risolta, o quanto meno attenuata, riconoscendo alla parte delusa dal recesso arbitrario un risarcimento del danno commisurato all'affidamento ragionevolmente riposto nella realizzazione dell'affare: cioè, all'interesse negativo.

Il contraente che subisce il recesso ha riconosciuto alla controparte il diritto di sciogliere il rapporto: di regola, la legittimazione a recedere viene compensata da condizioni economiche più favorevoli (es., aumento del corrispettivo del bene o del servizio fornito)²⁰. Con la sottoscrizione della clausola che legittima il recesso, si accetta di introdurre nel contratto un fattore di aleatorietà. Se, come si auspica, lo *ius poenitendi* non viene esercitato, l'attuazione del rapporto contrattuale comporta un vantaggio ulteriore; se invece il diritto viene correttamente esercitato, e il rapporto si scioglie, la parte interessata alla realizzazione dell'affare subisce un pregiudizio che non viene risarcito.

La legittimazione a recedere deriva da una clausola liberamente accettata dalla parte che agisce in giudizio: la stessa, pertanto, non può pretendere di essere collocata nella stessa situazione che sarebbe derivata dall'esecuzione del contratto²¹. Se tuttavia il recesso è arbitrario, il contraente deluso ha diritto al rimborso delle spese sostenute e al risarcimento delle occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento risposto nella realizzazione dell'affare²².

²⁰ La relazione descritta nel testo – del resto intuitiva – trova riscontro in studi di analisi economica del diritto, dove si osserva che, di regola, ogni modificazione del regime dei rimedi contro l'inadempimento viene compensata con una variazione delle condizioni economiche pattuite dalle parti: v., *ex pluribus*, S. Shavell, *Specific Performance Versus Damages for Breach of Contract: An economic Analysis*, 84 *Texas Law Review*, 831, p. 840 ss. (2006); Id., *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004, pp. 304 ss., 338 ss.; Id., *Damage Measures for Breach of Contract*, 11 *Bell Journal of Economics*, 466, pp. 466 ss., 489 (1980); J. Goetz & R. Scott, *Enforcing promises: an examination of the basis of contract*, 89 *Yale Law Journal*, 1261, p. 1285 ss. (1980); A.M. Polinsky, *Una introduzione all'analisi economica del diritto*, tr. it., 2ª ed., Ed. Foro it., 1992, p. 39 s.

²¹ L'argomentazione può essere agevolmente adattata al recesso legale proprio dei contratti a tempo indeterminato. Stante la legittimazione a recedere accordata dalla legge ad entrambi i contraenti, la parte che conclude un contratto a tempo indeterminato rinuncia consapevolmente alla garanzia di una durata minima del rapporto; non può dunque pretendere di essere collocata nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se – per ipotesi – avesse concluso un contratto a tempo determinato, il quale, invece le avrebbe garantito la stabilità del rapporto fino alla scadenza del termine.

²² Come si è anticipato nelle battute introduttive, i contributi relativi alla determinazione del *quantum* risarcibile non sono molto numerosi. In relazione ai contratti di distribuzione, è d'obbligo il rinvio a R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, Jovene, 1979, p. 325 ss., il quale – analizzando in particolare l'ipotesi in cui il recesso arbitrario riguarda un contratto a tempo indeterminato – prospetta una responsabilità limitata agli investimenti non recuperabili e non ammortizzati dall'impresa di distribuzione (v., *infra*, nt. 30). A nostro giudizio, peraltro, i criteri indicati dall'Autore si adattano facilmente al recesso convenzionale pattuito nel contesto di un contratto a tempo determinato. Su posizioni diverse, nella letteratura più recente, F. Panetti, *Buona fede, recesso ad nutum*, cit. nt. 1, pp. 682 ss.: l'A. ritiene che il risarcimento del danno dovuto al contraente deluso dal recesso arbitrario debba essere commisurato all'interesse positivo. A sostegno di tale conclusione, vengono valorizzate le disposizioni codicistiche che, in relazione all'ipotesi in cui la controparte del recedente sia un imprenditore, prevedono il risarcimento del danno lucro cessante (artt. 1671, 2227 c.c.): lo stesso non è invece previsto quando la controparte del recedente non svolge attività imprenditoriale (artt. 1725; 2237 c.c.). Si tratta di una ricostruzione della normativa codicistica che trova riscontro nell'opinione di Galgano, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca, Degli effetti del contratto. Della rappresentanza. Del contratto*

Qualora fosse possibile recedere arbitrariamente senza neppure risarcire il danno da affidamento, la parte esposta al recesso sarebbe riluttante a investire nell'operazione economica sottesa al contratto. Se il recesso non può essere arbitrario, ma deve conformarsi a un canone di correttezza, è possibile prevedere, sia pure approssimativamente, le probabilità che esso venga effettuato, e su questa base calcolare gli investimenti che è opportuno sostenere per dare attuazione al rapporto. La controparte del contraente legittimato effettuerà investimenti non superiori ai ricavi attesi dalla realizzazione dell'affare, dedotta la probabilità che il diritto di recesso venga effettivamente esercitato. Così, se in una certa fase del rapporto i ricavi attesi sono 150 e le probabilità che sussista una buona ragione per recedere ammontano al 10%, la controparte del contraente legittimato è indotta ad investire fino al limite di 135. Una valutazione di questo tenore sarebbe molto più difficile, se non impossibile, qualora la controparte fosse legittimata a recedere arbitrariamente. In questa situazione, il contraente esposto al recesso dovrebbe sostenere investimenti rilevanti senza alcuna *chance* di poterli recuperare e senza poter calcolare neppure approssimativamente la misura dei costi da sostenere.

D'altra parte, il pagamento di un risarcimento commisurato all'interesse negativo risulta giustificato anche nella prospettiva del recedente. Da un lato, egli ha "acquistato" il diritto di recedere compensando la controparte con condizioni contrattuali più favorevoli: quando esercita tale diritto, sia pure arbitrariamente, non può essere obbligato a pagare un risarcimento che rappresenta la situazione in cui la controparte si sarebbe trovata qualora il rapporto fosse stato attuato (interesse positivo). Dall'altro, l'obbligo di rimborsare le spese sostenute e risarcire le occasioni di guadagno perse lo induce a comportarsi correttamente nella formazione e nell'esecuzione del contratto. La responsabilità commisurata all'interesse negativo, in altri termini, consente di internalizzare i costi sostenuti e le occasioni di guadagno perse dal contraente deluso; il soggetto legittimato a recedere, dunque, è indotto a comportarsi in modo tale da evitare che la controparte effettui investimenti destinati a divenire inutili a seguito dello scioglimento del rapporto²³. Ne consegue, su un piano generale, un risparmio di risorse, che altrimenti verrebbero consumate inutilmente.

per persona da nominare, a cura di F. Galgano e G. Visintini, Zanichelli-Ed. Foro it., 1993, p. 63 s. Intermedia la posizione di M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, I, *Efficacia del contratto e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1998, p. 336 s.: secondo l'A., il contraente che subisce il recesso arbitrario sarebbe legittimato ad ottenere il risarcimento dell'«interesse contrattuale positivo», che tuttavia si identifica con «l'affidamento risposto dalla parte nella continuazione del rapporto». Siccome, tuttavia, questo affidamento è molto scarso – perché la parte danneggiata è consapevole di essere esposta al recesso – il danno assumerà «la tipologia della perdita di *chance*». Con particolare riferimento al risarcimento del danno derivante dal recesso arbitrario nel contesto dei contratti asimmetrici, cfr. Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 247, su cui v., *infra*, nt. 49.

²³ Per una notazione analoga cfr. C. Scognamiglio, *Il nuovo diritto dei contratti*, cit. nt. 3, p. 813.

Del resto, l'esigenza di tutelare l'affidamento della parte interessata alla realizzazione dell'affare trova riscontro nello stesso testo dell'art. 1373 c.c. Di regola, nei contratti diversi da quelli di durata il diritto di recesso può essere esercitato fino al momento in cui viene iniziata l'esecuzione. Il legislatore tutela così "in forma specifica" l'affidamento riposto dalla controparte del recedente nell'attuazione del rapporto: stante l'inefficacia del recesso, essa può ottenere coattivamente l'attuazione dello scambio. L'inizio dell'esecuzione comporta la necessità di sostenere investimenti, che sono finalizzati nella prospettiva del debitore all'adempimento dell'obbligazione; nell'ottica del creditore, alla valorizzazione della prestazione che ne costituisce l'oggetto. È certamente vero che anche prima dell'inizio dell'esecuzione la controparte del recedente può aver compiuto investimenti rilevanti; dopo tale momento, tuttavia, tale eventualità appare pressoché certa. In definitiva, la legge non tutela l'affidamento *discrezionale* delle parti, che sulla base di valutazioni di opportunità compiono investimenti volti ad aumentare il valore dello scambio; protegge invece l'affidamento *necessario*, che si identifica con le attività inevitabili ai fini dell'attuazione del rapporto²⁴.

Certo, la disposizione è derogabile, e non si applica ai contratti di durata. Essa offre, tuttavia, un'indicazione importante a favore della tesi sostenuta nell'ambito di questo contributo. L'art. 1373 c.c. tutela in forma specifica l'affidamento riposto

²⁴ Nella letteratura giuridica statunitense, la giustificazione proposta nel testo trova riscontro nella distinzione tra *essential* ed *incidental reliance*. La prima implica le attività che il contraente deluso deve necessariamente porre in essere per eseguire la prestazione dovuta ed ottenere, così, il pagamento del corrispettivo, oltre alle occasioni di guadagno perse: il valore della *essential reliance* non può mai eccedere il corrispettivo contrattualmente previsto, perché altrimenti la parte fedele trasferirebbe su quella inadempiente perdite patrimoniali che avrebbe ugualmente subito se il rapporto fosse stato attuato. Corrispondono invece alla *incidental reliance* i costi sostenuti dal contraente deluso nel contesto di ulteriori rapporti contrattuali che presuppongono l'attuazione di quello interessato dall'inadempimento: in tale categoria rientrano, a titolo esemplificativo, le spese sostenute dal conduttore per acquistare beni che intende collocare nell'immobile locato, se il locatore non lo consegna rendendosi inadempiente. La misura della *incidental reliance* può eccedere il corrispettivo previsto dal contratto, perché gli investimenti ulteriori effettuati dalla vittima dell'inadempimento possono ben essere superiori ad esso. La distinzione viene prospettata per la prima volta da L. Fuller & W. Perdue, *The reliance interest in contract damages*, 46 *Yale Law Journal*, 53, pp. 77 s. (1936-1937), e successivamente adottata da A. Farnsworth, E.A. Farnsworth, *Contracts*, 4th. ed., Aspen, 2004, p. 732 s. Più di recente, una distinzione analoga a quella effettuata nel testo è stata proposta da M.A. Eisenberg & B. McDonnell, *Expectation damages and the theory of overreliance*, 54 *Hastings Law Journal*, 1335, p. 1340 ss. (2002-2003). Gli autori distinguono tra *beneficial* e *necessary reliance*. La prima designa il complesso degli investimenti che aumentano il valore della prestazione contrattuale per il creditore (es., campagna pubblicitaria finanziata dall'organizzatore di un concerto – creditore della prestazione artistica – che annuncia l'evento tre mesi prima della data prevista); la seconda indica, invece, gli investimenti che entrambe le parti devono compiere ai fini della realizzazione dell'operazione economica sottesa al contratto: in assenza di essi, il rapporto non potrebbe essere utilmente attuato (es., affitto della struttura dove il concerto è destinato a svolgersi; costruzione del basamento dove il macchinario atteso dal creditore è destinato ad essere posto; acquisto dei beni che il grossista si è obbligato a consegnare al dettagliante). Nel diritto inglese v., per una distinzione analoga, G. Treitel, *The Law of Contract*, 12th. ed., by E. Peel, Sweet&Maxwell, 2007, p. 940.

dalla controparte del recedente nella realizzazione dell'operazione economica sottesa al contratto; la responsabilità derivante dal recesso arbitrario, coerentemente, è commisurata al pregiudizio derivante da tale affidamento, sintetizzato nella formula dell'interesse negativo (spese sostenute + occasioni di guadagno perse).

Sono evidenti le analogie tra la responsabilità derivante dal recesso arbitrario, così ricostruita, e quella conseguente alla rottura ingiustificata della trattativa (art. 1337 c.c.)²⁵. In entrambi i casi, il parametro in base al quale viene valutata la decisione di interrompere il rapporto coincide con il principio di buona fede (artt. 1337; 1375 c.c.); il rimedio applicabile a favore della parte delusa si identifica con il risarcimento dell'interesse negativo. L'analogia, peraltro, appare giustificata. Tanto chi recede arbitrariamente, quanto chi interrompe una trattativa senza giustificato motivo esercita un diritto, fondato sulla legge o su una clausola contrattuale. La controparte, correlativamente, è consapevole della possibilità che tale diritto venga esercitato, con la conseguenza che il contratto non viene eseguito, o la trattativa non va a buon fine: non può dunque pretendere un risarcimento del danno che la collochi nella stessa situazione in cui si sarebbe trovata se il contratto fosse stato concluso e attuato. D'altra parte, in entrambe le ipotesi sussiste l'esigenza di proteggere l'affidamento del soggetto interessato all'attuazione del rapporto e di evitare, così, un inutile dispendio di risorse. Di qui il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo: esso sanziona il comportamento contraddittorio del recedente, che induce la controparte a investire per poi interrompere il rapporto in assenza di un'idonea ragione giustificativa²⁶.

La soluzione proposta va considerata in relazione alla prospettiva che abbiamo scelto di adottare in questa prima fase: quella dell'interprete del codice civile. Le parti del rapporto contrattuale non sono caratterizzate, ma neutre; esse si trovano su un piano di tendenziale parità, e non si riscontra una relazione di dipendenza economica. Date queste condizioni, la tutela offerta dal risarcimento dell'interesse negativo non è necessariamente inferiore rispetto a quella costituita dal risarcimento dell'interesse positivo. In assenza di un rapporto di dipendenza economica – caratterizzato, di regola, da investimenti rilevanti e difficilmente recuperabili, in quanto incentrati sulle specifiche esigenze dell'impresa dominante – il contraente che subisce il recesso arbitrario avrebbe potuto concludere affari alternativi a quello sfumato. Ebbene, in un sistema perfettamente «trasparente e concorrenziale»²⁷ le opportunità

²⁵ Cfr. G. Santoro, *L'abuso del diritto di recesso ad nutum*, cit. nt. 3, p. 769 ss.

²⁶ Per un'analisi approfondita delle ragioni che giustificano la quantificazione del danno precontrattuale nella misura dell'interesse negativo – e per i relativi riferimenti – si rinvia allo studio monografico di G. Afferni, *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Giappichelli, 2008, p. 118 ss., spec. 122 s., testo e nota 118, 124.

²⁷ Così Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 639.

di guadagno trascurate a causa dell'affidamento riposto nell'efficacia del contratto equivalgono a quelle offerte dal contratto stesso. L'interesse positivo, dunque, rappresenta quello negativo: la seconda misura può risultare coincidente con la prima²⁸.

Se questo è vero sotto il profilo teorico, la differenza tra i due rimedi permane significativa dal punto di vista probatorio. Siccome, di fatto, anche in assenza di una situazione di dipendenza tra imprese il sistema economico non è perfettamente coerente e concorrenziale, per la parte pregiudicata dal recesso arbitrario la prova delle occasioni alternative di guadagno perse (interesse negativo) è più difficile rispetto a quella del lucro che sarebbe stato garantito dal contratto inattuato (interesse positivo): gli affari alternativi sfumati, infatti, possono essere avvalorati solo sulla base di congetture o valutazioni di carattere ipotetico²⁹. In definitiva, mentre la componente emergente dell'interesse negativo è agevolmente dimostrabile (spese sostenute), lo stesso non si può dire per quella lucrocessante.

3. L'identificazione del recesso arbitrario

Individuato il rimedio applicabile, consideriamo i criteri che consentono di identificare il recesso arbitrario.

In primo luogo, va osservato che il recedente non è tenuto al rimborso delle spese sostenute dalla controparte se per i tempi e le modalità con cui si realizza lo scioglimento del rapporto la stessa è in condizione di ammortizzare gli investimenti effettuati. Ipotizziamo che il recesso venga comunicato una volta decorso un considerevole periodo di tempo dalla conclusione del contratto, sufficiente per l'ammortamento degli investimenti compiuti dalla controparte (c.d. *recovery period*), o che il recedente conceda un termine di preavviso parimenti idoneo a realizzare l'ammortamento³⁰. Immaginiamo, poi, che il recesso sia accompagnato

²⁸ Un aspetto nuovamente evidenziato da L. Fuller & W. Perdue, *The reliance interest*, cit. nt. 24, p. 62. Nello stesso senso, più di recente, R. Cooter & M.A. Eisenberg, *Damages for breach of contract*, 73 *California law review*, 1434, p. 1459 (1985); J. Goetz & R. Scott, *Enforcing promises: an examination of the basis of contract*, 89 *Yale Law Journal*, 1261, p. 1284 (1980). Nel contesto italiano, P. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit. nt. 27, p. 639; Id., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, 2010, p. 86 s.

²⁹ In questo senso v., per tutti, P. Trimarchi, *Interesse positivo e interesse negativo*, cit. nt. 27, p. 639; Id., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit. nt. 28, p. 86 s.

³⁰ La rilevanza del fattore "tempo" in ordine alla tutela dell'impresa che subisce il recesso arbitrario viene segnalata ed analizzata da R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, cit. nt. 22, *passim*, spec. p. 326 ss.: secondo l'A., il recesso è legittimo se viene effettuato una volta decorso il *recovery period*, cioè il periodo di tempo necessario per l'ammortamento degli investimenti sostenuti dal contraente deluso. Più di recente, il medesimo criterio è stato riproposto da R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica. Il contratto e il mercato*, Jovene, 2004, p. 142 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Bari, 22 ottobre 2004, (ord.), in *Danno resp.*, 2005, p. 750, con nota di G. Di Gregorio, *Mancata protrazione del rapporto di affiliazione commerciale oltre la naturale scadenza*.

dall'offerta di un'indennità sufficiente per riconvertire gli investimenti e renderli idonei ad essere utilizzati nel contesto di una diversa operazione economica³¹. Si pensi, ancora, al caso in cui la società recedente prospetti alla controparte la conclusione di un contratto con un'altra, affidabile società del medesimo gruppo imprenditoriale: contratto nel contesto del quale gli investimenti precedentemente compiuti possono essere recuperati. In queste ipotesi, la parte che recede arbitrariamente non è tenuta al rimborso delle spese sostenute – che sono state ammortizzate, o sono recuperabili nell'ambito di un diverso rapporto – ma eventualmente solo al risarcimento delle occasioni di guadagno trascurate dalla controparte a causa dell'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare.

Con riferimento alla prima componente del risarcimento (spese sostenute) viene a mancare lo stesso presupposto della responsabilità del recedente, che è l'esistenza di un danno non evitabile con l'ordinaria diligenza (art. 1227, 2° comma c.c.). In relazione alla seconda (occasioni di guadagno perse), l'onere probatorio posto a carico del contraente deluso è più difficile da soddisfare, sicché è possibile che egli non ottenga alcun risarcimento. Non si può escludere, tuttavia, una responsabilità limitata alle occasioni di guadagno perse. Si pensi all'ipotesi in cui, decorso il periodo necessario per l'ammortamento delle spese sostenute, un appaltatore abbia rifiutato una vantaggiosa proposta contrattuale facendo affidamento sulle dichiarazioni del committente, che dopo aver manifestato l'intenzione di proseguire il rapporto eserciti il diritto di recesso.

Fatta questa precisazione, il sindacato sull'arbitrarietà del recesso si concentra sulle ragioni che determinano la scelta di interrompere il rapporto, valutate alla stregua di due criteri di giudizio: la sfera degli interessi economici su cui incide il contratto e le circostanze di cui il recedente aveva cognizione quando ha concluso l'accordo.

Il recesso è certamente arbitrario se le ragioni che lo determinano sono estranee all'ambito degli interessi economici toccati dal contratto. Il recedente agisce scorrettamente se decide di sciogliere il rapporto per perseguire un interesse che non ha alcuna attinenza con l'operazione economica prefigurata dall'accordo contrattuale. Secondo la ricostruzione di un'autorevole voce dottrinale, tale situazione si è verifi-

³¹ In relazione a questa ipotesi, cfr. F. Panetti, *Buona fede, recesso ad nutum e investimenti*, cit. nt. 1, p. 672 s. L'A. ricostruisce i lineamenti della vicenda relativa alla dismissione del marchio *Oldsmobile* ad opera della società *General Motors*. Il recesso della nota casa automobilistica da una molteplicità di contratti di concessione esclusiva di vendita era stato accompagnato dall'offerta di una indennità commisurata ai risultati economici conseguiti dai concessionari negli anni antecedenti la fine del rapporto e agli investimenti recentemente effettuati. L'attribuzione di tale indennità ebbe l'effetto di limitare drasticamente il contenzioso con i concessionari: a fronte di migliaia di contratti interessati dal recesso, solo un centinaio di concessionari agirono in giudizio nei confronti della casa automobilistica, e appena due controversie vennero risolte tramite una pronuncia giurisprudenziale.

cata in una controversia recentemente approdata in cassazione³²: il preponente, noto produttore di autoveicoli, aveva sciolto mediante recesso una serie di contratti di concessione esclusiva di vendita non per ristrutturare la propria rete di distribuzione, ma per favorire le dimissioni di alcuni dirigenti, che – una volta fuoriusciti dall'azienda – avrebbero sostituito i concessionari "espulsi"³³.

La valutazione presenta forti analogie con quella finalizzata all'individuazione della condizione meramente potestativa (art. 1355 c.c.)³⁴. Sono ben note le divergenze riscontrabili in dottrina in ordine al problema della validità della condizione risolutiva meramente potestativa³⁵: in questa sede non è possibile prendere posizione sul tema, che esula dalla traiettoria del nostro discorso. Si osserva, peraltro, che – come impedisce alle parti di escludere il risarcimento del danno nel caso di inadempimento doloso (art. 1229 c.c.) – la legge disapprova la scelta di rimettere l'attuazione del rapporto obbligatorio ad una determinazione arbitraria del debitore: si rifiuta l'idea che l'esecuzione della prestazione possa dipendere da «interessi del tutto estranei a quelli presupposti e regolati dal contratto»³⁶. Ebbene, in presenza di una disciplina qual è quella dettata dall'art. 1373 c.c. la clausola che prevede il recesso discrezionale è certamente valida; il criterio enunciato, tuttavia, può essere utilizzato per identificare quando l'esercizio del diritto convenzionalmente previsto risulta arbitrario.

La scelta di recedere è parimenti arbitraria se – pur essendo determinata da ragioni riconducibili alla sfera degli interessi economici toccati dal contratto – consegue a una diversa valutazione di circostanze già note, o agevolmente conoscibili all'atto della formazione dell'accordo³⁷. Il recesso è giustificato se viene effettuato a seguito della sopravvenienza di elementi nuovi, o della sopravvenuta conoscenza di fatti non conosciuti o conoscibili con l'ordinaria diligenza al momento della formazione del contratto. Si pensi a un mutamento della disciplina legislativa, che, liberalizzando il mercato di un dato prodotto, rende necessario un adeguamento della rete distributiva; o alla decisione di un fornitore di ridurre la somministrazione di una materia

³² Si allude a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, cit. nt. 1.

³³ Cfr. F. Galgano, *Qui suo iure abutitur*, cit. nt. 6, p. 315 s.

³⁴ L'analogia tra l'identificazione del recesso arbitrario e della condizione meramente potestativa è stata avvalorata da C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit. nt. 10, pp. 352-355.

³⁵ Si rinvia, sul punto, alla trattatistica più accreditata: cfr. M. Costanza, *La condizione e gli altri elementi accidentali*, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno ed E. Gabrielli, *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, 2ª ed., II, Utet, 2006, p. 963 ss.; Id., *Condizione, termine e modo*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, XIII, Giappichelli, 2002, p. 218 ss.; D. Carusi, *Condizione e termini*, in *Trattato del contratto*, diretto da V. Roppo, III, *Effetti*, a cura di M. Costanza, Giuffrè, 2006, pp. 315-317; R. Sacco, in R. Sacco e G. De Nova, *Il contratto*, 3ª ed., II, Utet, 2004, p. 150 s.; V. Roppo, *Il contratto*, cit. nt. 19, p. 618 s.

³⁶ Così V. Roppo, *Il contratto*, cit. nt. 19, p. 617.

³⁷ Il criterio indicato trova riscontro in giurisprudenza: cfr. Cass. 14 luglio 2000, n. 9321, cit. nt. 2. In dottrina v., incisivamente, F. Gambino, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, cit. nt. 15, p. 74 ss.

prima, che, in assenza di valide alternative, comporta una riduzione dei livelli di produzione e una rilevante contrazione dei volumi di vendita, con la conseguente necessità di diminuire il numero complessivo dei distributori. La scelta di recedere può essere giustificata anche dalla sopravvenienza di circostanze interne alla sfera della parte legittimata: si pensi all'ipotesi in cui quest'ultima si trovi priva dei mezzi finanziari necessari per eseguire il contratto a causa dell'imprevedibile inadempimento di un suo debitore.

Il recesso discrezionale, in definitiva, legittima lo scioglimento del contratto anche in assenza di giusta causa³⁸, per il solo fatto che l'attuazione del rapporto è divenuta pregiudizievole per gli interessi del recedente. Esso offre, dunque, uno strumento di reazione semplice ed efficace al mutamento del contesto economico in cui si trova inserito il contratto, o alla sopravvenuta conoscenza di circostanze non conoscibili con l'ordinaria diligenza al momento della conclusione dell'affare. La controparte del recedente, correlativamente, assume il rischio che una variazione del contesto in cui si trova inserito il contratto determini la scelta di interrompere il rapporto, vanificando, così, gli investimenti sostenuti; come si è anticipato, in assenza di una marcata asimmetria di potere contrattuale l'assunzione di questo rischio viene di regola remunerata dal recedente mediante la concessione di condizioni contrattuali più favorevoli.

Il recesso è invece arbitrario, in quanto contrario a buona fede, se la situazione risulta invariata rispetto al momento dell'accordo: il recedente, infatti, induce la controparte a sostenere investimenti rilevanti, per poi vanificarli in virtù di una diversa valutazione di circostanze già note o agevolmente conoscibili quando ha concluso il contratto. Se vogliamo, la causa del recesso discrezionale è quella di consentire lo scioglimento del rapporto quando la sua attuazione *diviene* pregiudizievole per gli interessi della parte legittimata. La causa non viene rispettata, sicché il recesso risulta arbitrario, se la decisione è determinata da ragioni estranee alla sfera degli interessi economici toccati dal contratto e non è giustificata da una variazione del contesto in cui lo stesso si trova inserito, ma risponde a una diversa valutazione di fatti noti o agevolmente conoscibili al momento dell'accordo³⁹.

Se si considera la fattispecie nell'ottica del principio di buona fede, si può obiettare che la sua violazione si verifica nella fase precontrattuale. È scorretta non tanto la scelta di sciogliere un rapporto la cui attuazione risulta pregiudizievole, quanto quella di concludere il contratto senza aver valutato adeguatamente le

³⁸ Sui rapporti tra recesso *ad nutum* assoggettato a sindacato di buona fede e recesso per giusta causa v., *supra*, nt. 3.

³⁹ Nella dottrina più recente, l'opportunità di un controllo causale sull'esercizio del diritto di recesso è stata sostenuta da F. Galgano, *Qui suo iure abutitur*, cit. nt. 6, p. 317; C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit. nt. 10, p. 355.

circostanze rilevanti, per poi vanificare in un secondo tempo gli investimenti sostenuti dalla controparte. L'obiezione è condivisibile, ma non smentisce la ricostruzione proposta. Come si è osservato, la responsabilità conseguente al recesso arbitrario è sostanzialmente omogenea a quella derivante dalla rottura ingiustificata della trattativa. Il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo sanziona la condotta complessivamente tenuta dal recedente, e non solo la scelta di interrompere il rapporto.

I criteri proposti, incentrati sulle ragioni che determinano la scelta compiuta dal recedente, devono essere integrati con una valutazione della sua condotta. È certamente contrario a buona fede il comportamento del contraente che esercita il diritto di recesso dopo aver manifestato l'intenzione di proseguire il rapporto, e aver indotto così la controparte ad investire. L'arbitrarietà del recesso consegue alla violazione del divieto di *venire contra factum proprium*: l'indicazione è ricorrente nella riflessione dottrinale e merita senz'altro di essere condivisa⁴⁰.

Il regime probatorio che appare più idoneo a governare la fattispecie è quello delineato dalla giurisprudenza in relazione alla responsabilità contrattuale e, più in generale, ai rimedi contro l'inadempimento⁴¹. Esso consente di distribuire tra le parti l'onere di dimostrare circostanze che attengono alle rispettive sfere giuridiche e rispetta così, su questo specifico terreno, il principio di vicinanza della prova. La sua applicazione, del resto, risulta giustificata in considerazione del fatto che il recesso arbitrario integra una violazione dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nell'esecuzione del contratto (artt. 1175; 1375 c.c.). Fermo restando l'onere di provare il danno "da affidamento", il contraente deluso può limitarsi ad allegare l'arbitrarietà del recesso (*id est*, la violazione del dovere di buona fede); spetta al recedente dimostrare che la scelta di sciogliere il rapporto contrattuale risponde a interessi afferenti alla sfera del contratto ed è giustificata dal mutamento (sopravvenuta conoscenza) di circostanze relative ad essa⁴².

⁴⁰ Cfr. F. Gambino, *Il dovere di coerenza nell'atto di recesso*, cit. nt. 15, p. 75 ss.; A. Gentili, *Abuso del diritto*, cit. nt. 3, p. 362; C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit. nt. 10, p. 357 ss.; F. Astone, *Venire contra factum proprium*, Jovene, 2006, p. 134 s.; M. Baraldi, *Le «mobili frontiere» dell'abuso del diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura di credito a tempo determinato*, in *Contr. impr.*, 2001, p. 950.

⁴¹ Ci si riferisce al regime delineato da Cass. 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, c. 769, con nota di P. Laghezza, *Inadempimenti ed onere della prova: le sezioni unite e la difficile arte del rammento*, tuttora seguito dalla giurisprudenza.

⁴² Ma v., in senso contrario, Cass. 7 marzo 2008, n. 6186, in *Rep. Foro it.*, 2008, *Contratti bancari*, n. 35, ai termini della quale «è...la parte che assume l'illegittimità del recesso (ad esempio per arbitrarietà e contrarietà al principio di buona fede) che ha l'onere di enunciarne le ragioni e di fornire la relativa prova nel caso concreto». Sulla stessa linea, in merito alla responsabilità della banca nei confronti del garante per l'abusiva concessione del credito, Cass. 11 gennaio 2006, n. 394, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2364. Analoga la posizione degli autori secondo i quali è onere del contraente deluso dal recesso arbitrario dimostrare la violazione del principio di buona fede, mentre la prova della giusta causa grava sul recedente: v., *supra*, nt. 3.

I criteri proposti si adattano tanto al recesso convenzionale, quanto al recesso legale proprio dei contratti a tempo indeterminato. In relazione al secondo, in particolare, si ripropone la precisazione espressa all'inizio della nostra analisi. Se il periodo di tempo intercorrente tra la conclusione del contratto e il recesso ovvero il termine di preavviso consentono l'ammortamento degli investimenti effettuati, è ipotizzabile solo una responsabilità circoscritta alle occasioni di guadagno perse dalla controparte a causa dell'affidamento riposto nell'attuazione del rapporto: di regola, peraltro, la prova di tale pregiudizio non sarà agevole. Se, invece, il recesso viene comunicato prima che si sia prodotto l'ammortamento degli investimenti, la responsabilità del recedente si estende alle spese sostenute e si conforma ai criteri proposti. Il recesso è arbitrario se risponde a interessi estranei all'operazione economica prefigurata dal contratto e non è giustificato da un mutamento delle circostanze conosciute o conoscibili dal recedente al momento della formazione dell'accordo.

Certo, accordando ad entrambe le parti la legittimazione a recedere la legge le protegge contro il rischio che un vincolo potenzialmente perpetuo limiti la loro libertà⁴³; o, secondo una diversa ricostruzione, consente di definire *a posteriori* l'oggetto del contratto, che altrimenti risulterebbe indeterminato⁴⁴. Entrambe le motivazioni qui sintetizzate giustificano la previsione del diritto di recedere discrezionalmente in qualsiasi momento del rapporto, sia pure con il correttivo rappresentato dal termine di preavviso. Non escludono, tuttavia, che anche il recesso determinativo possa risultare contrario a buona fede quando il rapporto si scioglie, senza alcuna apprezzabile ragione giustificativa, prima che la controparte abbia potuto ammortizzare gli investimenti compiuti per attuare il contratto⁴⁵.

4. Inefficacia del recesso e tutela in forma specifica del contraente deluso

Si è sostenuto che, di regola, il contraente deluso dal recesso arbitrario viene tutelato "per equivalente", e il risarcimento del danno è commisurato all'interesse negativo. Oltre che per le ragioni sostanziali indicate nei paragrafi precedenti, la soluzione è pre-

⁴³ In questo senso V. Roppo, *Il contratto*, cit. nt. 19, p. 550.

⁴⁴ Cfr. G. Gabrielli, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Giuffrè, 1985, p. 14 ss.

⁴⁵ In senso contrario C. Restivo, *Abuso del diritto e autonomia privata*, cit. nt. 10, pp. 349-352, il quale esclude che il recesso determinativo possa essere assoggettato ad un controllo giurisdizionale volto a svelarne il carattere abusivo. La tutela della controparte del recedente si esaurisce nel termine di preavviso previsto dalla legge. Analoga la posizione di G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede*, cit. nt. 1, p. 17. L'opportunità di un controllo di buona fede sull'esercizio del recesso determinativo viene invece sostenuta da R. Pardolesi, *I contratti di distribuzione*, cit. nt. 22, p. 325 ss., e più di recente da P. Manes, *Diritto di recesso dal contratto di apertura di credito*, cit. nt. 3, p. 922 ss. Con particolare riferimento alla disciplina dell'abuso di dipendenza economica, analoga posizione si riscontra in R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica*, cit. nt. 30, p. 142 ss.

feribile rispetto a quella rappresentata dall'inefficacia del recesso e dall'attuazione coattiva del rapporto contrattuale per ragioni ulteriori, inerenti alla funzionalità dei rimedi.

Spesso il contratto che reca al suo interno una clausola di recesso non è suscettibile di esecuzione in forma specifica (si pensi ai contratti di distribuzione, che richiedono la collaborazione delle parti, e più in generale ai contratti di durata, che impegnano un considerevole arco di tempo). L'attuazione coattiva dello scambio, inoltre, comporterebbe a carico del recedente la necessità di sostenere costi inutili – quelli relativi alla prestazione non più gradita – che invece possono essere evitati grazie allo scioglimento del rapporto. È quello che avverrebbe se, per ipotesi, il somministrante potesse ottenere la declaratoria dell'inefficacia del recesso effettuato dal somministratario ed imporgli, così, l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale: pagando il corrispettivo pattuito, il somministratario si troverebbe costretto a sostenere i costi di una fornitura non più gradita. Tenendo ferma l'efficacia del recesso e tutelando la controparte per equivalente è possibile risparmiare i costi inerenti all'esecuzione della prestazione, che altrimenti dovrebbe essere eseguita.

L'inefficacia del recesso e la conseguente attuazione del rapporto contrattuale risulta invece preferibile nelle situazioni eccezionali in cui il risarcimento del danno offrirebbe una tutela intempestiva e sarebbe, per altro verso, assai difficile da quantificare. Si pensi all'ipotesi in cui una banca receda arbitrariamente da un contratto di apertura di credito dopo che il cliente ha già prelevato consistenti somme di denaro, destinandole alla realizzazione di una complessa operazione imprenditoriale. Il pregiudizio conseguente allo scioglimento del rapporto risulta, in primo luogo, di difficile quantificazione, in quanto dipende da fattori esterni al contratto: l'accreditato non investe per attuare il contratto di credito, ma per realizzare un progetto ulteriore, il cui buon esito gli consentirà di restituire il finanziamento. Il pagamento del risarcimento, secondariamente, offre una tutela tardiva, perché l'imprenditore – che nel frattempo, stante l'efficacia del recesso, ha dovuto restituire la somma ricevuta – viene a trovarsi in crisi di liquidità, con il conseguente rischio di insolvenza.

In questa situazione, appare preferibile tutelare in forma specifica l'affidamento dell'accreditato, mediante la declaratoria di inefficacia del recesso⁴⁶. Se, come nell'esempio proposto, il finanziamento è già stato erogato, il rimedio è facilmente amministrabile, in quanto non occorre condannare la banca ad adempiere ed avviare una procedura di esecuzione forzata destinata a concludersi anch'essa in tempi troppo

⁴⁶ L'opinione espressa nel testo trova riscontro nella motivazione di Cass., 21 maggio 1997, n. 4538, cit. nt. 1: il recesso contrario a buona fede lede «la legittima aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto, e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta» (corsivo aggiunto).

lunghe: semplicemente, si afferma il diritto dell'accreditato di conservare la disponibilità del finanziamento⁴⁷. Del resto, è lo stesso art 1373 c.c. a prefigurare una tutela in forma specifica della controparte del recedente, escludendo che lo *ius poenitendi* possa essere esercitato dopo l'inizio dell'esecuzione.

5. Recesso arbitrario e abuso di dipendenza economica: ancora sul rimedio applicabile

Fino a questo momento – assumendo che i contraenti si trovino su un piano di tendenziale parità – si è sostenuto che la parte delusa dal recesso arbitrario consegue un risarcimento commisurato all'interesse negativo; l'inefficacia del recesso e l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale risultano preferibili in situazioni eccezionali, in cui il risarcimento del danno è di difficile quantificazione e occorre offrire una tutela più tempestiva al soggetto interessato alla prosecuzione del rapporto. Ci chiediamo, ora, se il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo costituisca un rimedio adeguato qualora tra le parti sussista una relazione di dipendenza economica.

Come si è anticipato nelle battute introduttive, su questo terreno vengono meno le condizioni che, di regola, giustificano la limitazione del risarcimento all'interesse negativo; sembra invece opportuno offrire all'impresa dipendente una tutela in forma specifica, che si identifica con l'inefficacia del recesso e la conseguente legittimazione ad ottenere l'adempimento coattivo, azionabile anche in sede cautelare.

Si è già rilevato che ordinariamente quando la contrattazione si svolge su un piano di parità la legittimazione a recedere viene compensata con l'attribuzione di un vantaggio patrimoniale. Il contraente esposto al recesso rinuncia alla garanzia che il rapporto venga attuato per ottenere condizioni contrattuali più vantaggiose: egli accetta, così, di introdurre nell'operazione economica un fattore di aleatorietà. Per questo motivo, a seguito del recesso arbitrario non può pretendere di essere collocato nella stessa situazione in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato eseguito, ma solo il rimborso delle spese sostenute e delle occasioni di guadagno perse a causa dell'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare.

In assenza di una relazione di dipendenza economica, inoltre, il contraente esposto al recesso arbitrario non sostiene investimenti funzionali a soddisfare le specifiche esigenze della controparte, e per questo difficilmente recuperabili. Non avendo modellato la pro-

⁴⁷ La soluzione non pregiudica l'interesse della banca ad ottenere la restituzione del finanziamento erogato, qualora sopravvengano circostanze tali da far incrementare il rischio di insolvenza dell'accreditato. Tale interesse risulta adeguatamente protetto in virtù della disciplina dettata dagli artt. 1844, 1845 c.c. L'istituto di credito resta legittimato a recedere per giusta causa; se le garanzie prestate dall'accreditato divengono insufficienti può chiederne una integrazione e qualora il cliente non ottemperi ridurre il credito o recedere dal contratto.

pria organizzazione e attività sulle pretese dell'altro contraente, la parte delusa dal recesso arbitrario conserva la possibilità di concludere affari alternativi rispetto a quello sfumato a seguito dello scioglimento del rapporto. Si è anzi osservato che in un mercato concorrenziale – qual è quello in cui opera un'impresa che non ha assunto una posizione di dipendenza economica – il risarcimento dell'interesse negativo si approssima a quello dell'interesse positivo, in quanto gli affari alternativi trascurati sono tendenzialmente equivalenti a quello prefigurato dall'accordo contrattuale, e sfumato a causa del recesso. La prova del danno "da affidamento" è certamente impegnativa, ma il risarcimento dell'interesse negativo è idoneo a tutelare adeguatamente le ragioni del recedente.

Quando sussiste una relazione di dipendenza economica, invece, la legittimazione a recedere discrezionalmente accordata all'impresa dominante viene imposta alla controparte quale condizione necessaria ai fini della stipulazione del contratto. Stante l'asimmetria di potere tra le parti, non è realistico ipotizzare che l'impresa dipendente abbia negoziato il recesso convenzionale in cambio della concessione di condizioni più favorevoli, accettando, così, di introdurre nel contratto un fattore di aleatorietà. La legittimazione a recedere riconosciuta all'impresa dominante non è il frutto di una determinazione autonoma dell'impresa dipendente, ma il riflesso dell'asimmetria di potere contrattuale che intercorre tra le parti.

Non solo. Il nucleo della dipendenza economica viene comunemente identificato nella circostanza che l'impresa dipendente sostiene investimenti difficilmente recuperabili nell'ambito di un diverso contratto, in quanto modellati sulle specifiche richieste della controparte⁴⁸. Avendo orientato la propria organizzazione e la propria attività in questa direzione, l'impresa dipendente non riceverà proposte di altri interlocutori nel corso del rapporto, e dopo il suo scioglimento avrà difficoltà a «reperire sul mercato alternative soddisfacenti» (art. 9, 1° comma l. 18 giugno 1998, n. 192). Anziché trasparente e concorrenziale, il mercato dell'impresa dipendente risulta, dunque, opaco e tendenzialmente limitato all'impresa dominante.

Date queste condizioni, perdono validità gli argomenti che giustificano la limitazione del risarcimento all'interesse negativo. L'impresa dipendente non ha rinunciato alla certezza dell'attuazione dello scambio (o alla garanzia di essere collocata in una posizione equivalente) per conseguire un vantaggio patrimoniale, in quanto la legittimazione a recedere le è stata imposta dalla controparte. Per altro verso, data l'impossibilità di dimostrare che l'affidamento riposto nella realizzazione dell'affare ha comportato la perdita di occasioni di guadagno alternative, il risarcimento del danno commisurato all'interesse negativo si risolve nel rimborso delle spese sostenute.

⁴⁸ Sul punto v., per tutti, G. Colangelo, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Giappichelli, 2004, p. 42 ss. In giurisprudenza, cfr. Trib. Torino, 12 marzo 2010 (ord.), in *Foro it.*, 2011, I, c. 271, con nota di A. Palmieri, *Abuso di dipendenza economica: c'è, ma non si vede*.

Sono da condividere, dunque, le opinioni, diffuse nella dottrina specialistica, secondo cui il risarcimento dell'interesse negativo non offre una tutela adeguata alle ragioni dell'impresa dipendente⁴⁹. In assenza di opportunità alternative offerte dal mercato, è al contratto inattuato a causa del recesso che occorre fare riferimento ai fini della quantificazione del risarcimento anziché al contesto delle relazioni economiche in cui esso si trova inserito: ne consegue che il risarcimento del danno subito dall'impresa dipendente deve essere commisurato all'interesse positivo. Oltre alle spese sostenute, in altri termini, l'impresa dipendente non è tenuta a dimostrare (improbabili) opportunità di guadagno offerte dal mercato, bensì il lucro che avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto sciolto in conseguenza del recesso.

Il risarcimento per equivalente, peraltro, può risultare inefficace, in quanto intempestivo. L'impresa dipendente sostiene costi molto rilevanti per adeguare la propria attività alle esigenze della controparte, confidando nei ricavi derivanti dall'esecuzione del contratto per ammortizzare gli investimenti sostenuti. A seguito del recesso, i ricavi attesi vengono meno, rendendo così elevato il rischio di insolvenza: spesso, infatti, gli investimenti compiuti vengono finanziati mediante il ricorso al credito. Per scongiurare questo rischio, si rende necessaria una tutela più rapida di quella offerta dal risarcimento per equivalente, che rischia di essere liquidato quando si è ormai verificato lo stato di insolvenza. Le ragioni dell'impresa dipendente possono essere più efficacemente tutelate dalla declaratoria di inefficacia del recesso, a cui consegue la legittimazione ad ottenere l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale.

Le corrispondenti azioni potranno essere esercitate ai sensi dell'art. 700 c.p.c.: la giurisprudenza relativa all'applicazione dell'art. 9 l. 192/1998 dimostra che il contenzioso determinato dall'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali si manifesta proprio in sede cautelare⁵⁰. Per le ragioni indicate, infatti, su questo specifico

⁴⁹ Cfr. A. Villella, *Abuso di dipendenza economica ed obbligo a contrarre*, cit. nt. 3, pp. 181 ss., la quale, peraltro, ritiene preferibile la tutela in forma specifica dell'impresa dipendente; P. Fabbio, *L'abuso di dipendenza economica*, Giuffrè, 2006, pp. 507-509; A. Musso, *La subfornitura*, in *Comm. cod. civ. Scialja-Branca*, Zanichelli-Ed. Foro it., 2003, p. 531 ss.; G. Nicolini, *Subfornitura e attività produttive*, Giuffrè, 1999, p. 134 s.; Sulla stessa linea R. Natoli, *L'abuso di dipendenza economica*, cit. nt. 30, p. 154 s. In senso contrario v., invece, Zoppini, *Premesse sistematiche all'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. Gitti e G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Il Mulino, 2008, p. 247. Secondo l'A., la finalità perseguita dal legislatore nella disciplina dei rapporti intercorrenti tra operatori economici caratterizzati da asimmetria di potere contrattuale non è quella di tutelare una singola impresa che si trova in posizione di soggezione, ma quella di salvaguardare la concorrenza e di favorire il dinamismo degli scambi. Ne consegue che l'impresa dominata consegue una tutela limitata agli «investimenti specifici non ancora recuperati nella relazione contrattuale e altrimenti non recuperabili sul mercato di riferimento, sempre cioè che non sia possibile reperire sul mercato *alternative soddisfacenti*».

⁵⁰ Cfr. Trib. Catania, 9 luglio 2009 (ord.), in *Foro it.*, 2009, c. 2813 con nota di G. Colangelo; Trib. Torre Annunziata, 30 marzo 2007 (ord.), in *Giur. merito*, 2008, p. 341, con nota di A. Boso Caretta, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica* ed in *Dir. giur.*, 2008, p. 462, con nota di D. Palumbo, *Abuso di dipendenza economica e recesso dal contratto*; Trib. Torino, 8 novembre 2006 (ord.), ine-

terreno si avverte con particolare intensità l'esigenza di fornire all'impresa dipendente una tutela rapida, che anticipa i tempi del processo di cognizione.

Certo, l'attuazione coattiva del rapporto contrattuale può comportare degli inconvenienti, già delineati nel paragrafo precedente. L'esecuzione forzata del provvedimento giudiziale risulta spesso difficoltosa, o addirittura impossibile. L'adempimento coattivo può comportare costi che lo scioglimento del contratto e il risarcimento per equivalente consentirebbero di evitare. Così, l'esecuzione forzata di un contratto di subfornitura pone a carico del committente, costretto a pagare il corrispettivo pecuniario, la necessità di sostenere i costi relativi alla prestazione non più gradita: costi che verrebbero evitati se il contratto si sciogliesse e il subfornitore ottenesse un risarcimento commisurato alle spese sostenute e al mancato guadagno (arg. ex art. 1671 c.c.).

L'ordine di attuare il rapporto, tuttavia, va valutato non tanto per il contenuto del provvedimento giudiziale, quanto per gli effetti che esso può determinare sulla condotta dell'impresa dominante. Per evitare la realizzazione di uno scambio non più gradito, quest'ultima è indotta a negoziare in tempi rapidi lo scioglimento del contratto. Il consenso dell'impresa dipendente alla risoluzione del rapporto verrà remunerato con una somma di denaro superiore al guadagno che avrebbe tratto dall'esecuzione del contratto e inferiore al pregiudizio che ne sarebbe derivato in capo all'impresa dominante: entrambe le parti, infatti, vengono a trovarsi in una condizione migliore di quella che sarebbe derivata dalla realizzazione dello scambio.

L'ordine del giudice che, accertata l'arbitrarietà del recesso, impone la prosecuzione del rapporto opera, dunque, come una sorta di contrappeso alla situazione di dipendenza economica, inducendo l'impresa dominante a negoziare con la controparte lo scioglimento del contratto: la tutela garantita all'impresa dipendente ne risulta molto più rapida ed efficace di quella offerta dal risarcimento per equivalente. Le parti impegnate nella trattativa avente ad oggetto lo scioglimento del contratto, inoltre, sono in condizione di quantificare il valore dei rispettivi interessi (alla risoluzione o all'attuazione del contratto) molto più accuratamente di quanto possa fare un soggetto terzo qual è il giudice.

dita, per esteso in *DeJure Giuffrè*, Trib. Bari, 22 ottobre 2004, (ord.), cit. nt. 30; Trib. Bari, 11 ottobre 2004 (ord.), in *La responsabilità civile*, 2005, p. 605, con nota di F. Toschi Vespasiani, *Subfornitura di fatto, interruzione arbitraria delle relazioni commerciali e tutela cautelare*; Trib. Taranto, 22 dicembre 2003 (ord.), in *Danno resp.*, 2004, p. 424, con nota di A. Palmieri, *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*; Trib. Taranto, 17 settembre 2003 (ord.), in *Danno resp.*, 2004, p. 65, con nota di G. Colangelo, *Storia di una dipendenza abusata*; Trib. Roma, 12 settembre 2002 (ord.); Id., 16 agosto 2002 (ord.); Id., 2 luglio 2002 (ord.), tutte in *Foro it.*, 2002, I, c. 3207 s., con nota di A. Palmieri, *Abuso di dipendenza economica: dal "caso limite" alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*; Trib. Roma, 5 novembre 2003 (ord.), in *Riv. dir. comm.*, 2004, II, p. 1, con nota di P. Fabbio, *Note sulla terminazione dei rapporti di distribuzione automobilistica integrata, tra diritto comunitario e nazionale*; Trib. Bari, 6 maggio 2002 (ord.), in *Foro it.*, 2002, I, 2178, con note di A. Palmieri, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, e di C. Osti, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*.

Del resto, l'opportunità di una soluzione rapida della lite, da raggiungere per via transattiva, trova riscontro nel dato normativo: ricordiamo, infatti, che ai sensi dell'art. 10, comma 1° l. 18 giugno 1998, n. 192 l'instaurazione di una controversia relativa al contratto di subfornitura deve essere obbligatoriamente preceduta da un tentativo di conciliazione. È dunque ipotizzabile che, fallito un primo tentativo di conciliazione a causa dell'opposizione dell'impresa dominante, la stessa sia indotta a negoziare con la controparte le condizioni che governano lo scioglimento del contratto a seguito del provvedimento giudiziale che ne ordina l'esecuzione⁵¹.

Se – come avviene di regola nei contratti di distribuzione – l'attuazione del rapporto implica la collaborazione dell'impresa dominante, l'esecuzione forzata del provvedimento può risultare difficoltosa, trattandosi di prestazioni di fare infungibili. Le sanzioni previste dall'art. 614 *bis*, recentemente introdotto nel codice di rito, possono tuttavia stimolare la negoziazione, favorendo un atteggiamento cooperativo dell'impresa dominante: quest'ultima sarà fortemente motivata a raggiungere un'intesa con la controparte per sottrarsi al pagamento delle somme di denaro dovute nel caso di inosservanza del provvedimento⁵².

Un'ultima notazione. Le soluzioni proposte nell'ambito di questo paragrafo riguardano i rapporti tra imprese collegate da una relazione di dipendenza economica, ma sono argomentate sulla base di considerazioni e riferimenti normativi che non contemplano l'art. 9 l. 18 giugno 1998, n. 192. Questo consente di sdrammatizzare opportunamente – almeno in relazione all'ipotesi del recesso arbitrario – il problema dell'ambito di applicazione da assegnare alla disposizione⁵³. Chi scrive ritiene che la stessa sia applicabile a tutti i contratti caratterizzati da una relazione di dipendenza economica, e non solo a quelli di subfornitura: tale opzione interpretativa, peraltro, non è decisiva ai fini dell'argomentazione delle soluzioni proposte.

⁵¹ In giurisprudenza si precisa che il tentativo di conciliazione previsto dall'10, comma 1° l. 18 giugno 1998, n. 192 deve necessariamente precedere l'esercizio di un'azione cautelare, anche se la relativa domanda è stata proposta anteriormente all'atto di citazione che avvia il giudizio di cognizione ordinaria: cfr. Trib. Roma, 20 maggio 2002 (ord.), in *Foro it.*, 2002, I, c. 3208, con nota di A. Palmieri, *Abuso di dipendenza economica*, cit. nt. 50. *Contra* A. Musso, *La subfornitura*, cit. nt. 49, p. 565, il quale ritiene che i provvedimenti cautelari *ante causam* possano essere «richiesti e concessi senza che essi debbano essere preceduti da alcun tentativo obbligatorio di conciliazione ovvero anche in contemporanea ad esso».

⁵² In giurisprudenza, l'art. 614 *bis* c.p.c. è stato ritenuto applicabile anche nel contesto di un provvedimento cautelare pronunciato ai sensi dell'art. 700 c.p.c.: cfr. Trib. Bari, 10 maggio 2011, n. 356 (ord.), inedita, reperibile per esteso su *De Jure Giuffrè*; Trib. Verona, 9 marzo 2010, in *Giur. merito*, 2010, p. 1857; Trib. Cagliari, 19 ottobre 2009 (ord.), in *Giur. merito*, 2010, p. 394 (s.m.), per esteso in *De Jure Giuffrè*. Sulla stessa linea Trib. Varese, 17 febbraio 2011 (ord.) in *De Jure Giuffrè*, relativa a una domanda di reintegrazione decisa ai sensi degli artt. 1168 c.c. e 703 c.p.c.

⁵³ Per un'analisi approfondita della questione e una puntuale ricostruzione del dibattito dottrinale si rinvia al recente contributo di A.P. Scarso, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale*, cit. nt. 14, pp. 261 ss., 512 ss.

Le restituzioni nella risoluzione del contratto per inadempimento

di Matteo Ambrosoli

SOMMARIO: I. La risoluzione del contratto: inquadramento ed effetti. – II. Le restituzioni da risoluzione del contratto per inadempimento. – II.A. Identificazione delle norme applicabili. – II.B. Restituzione di cosa determinata. – II.C. Restituzioni e prestazioni di fare. – II.D. Frutti, interessi, rivalutazione, miglioramenti ed addizioni. – II.D.1. Frutti ed interessi. – II.D.2. Obbligazioni pecuniarie e rivalutazione. – II.D.3. Spese e miglioramenti. – III. Il coordinamento tra le restituzioni e la disciplina risarcitoria. – IV. Risoluzione e arricchimenti. – V. Il mutuo dissenso. Le domande risolutorie reciproche ed infondate. – VI. Patti sulle restituzioni. – VII. Conclusioni. – Bibliografia.

I. La risoluzione del contratto: inquadramento ed effetti

ABSTRACT¹:

«La risoluzione del contratto per inadempimento tende a ricollocare le parti nella condizione in cui si trovavano anteriormente alla stipulazione del contratto (regola di retroattività): caduto il contratto, i movimenti economico-giuridici che esso ha prodotto si trovano privi (ex post ma retroattivamente) di titolo; essi, quindi, in via logica, dovrebbero essere trattati come prestazioni rese sine titolo.

In realtà, si rinvencono diversi profili di deviazione dalla semplice regola della retroattività della risoluzione e, pertanto, per plurimi aspetti il contratto mantiene rilevanza nonostante sia stato risolto. E questo anche con riguardo alle obbligazioni restitutorie».

In caso di inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive, il contraente fedele può scegliere, secondo quanto dispone l'art. 1453 c.c., se insistere nella propria pretesa dell'adempimento o domandare la risoluzione del contratto, salvo in ogni caso il diritto al risarcimento del danno². Si ritiene che, accanto a questi rimedi, si debba collocare ulteriormente l'azione di riduzione, che il legislatore disciplina specificamente in tema di vendita³.

¹ Ogni paragrafo è preceduto da un breve abstract, nel quale si sintetizzano le principali questioni affrontate.

² «La dichiarazione, o la domanda giudiziale, di risoluzione implica la rinuncia allo scambio delle prestazioni ma non la rinuncia al lucro che il contratto autorizzava a sperare» (R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, in P. Rescigno (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, III ed., Torino, 2002, pag. 652).

³ P. Gallo, *Trattato del contratto*, 3, I rimedi. La fiducia. L'apparenza, Torino, 2010, pag. 2200.

Ognuna di queste scelte richiede il concorso di qualche elemento ulteriore e, quindi, non può essere operata in via assolutamente generalizzata: per semplicità di ragionamento, però, supponiamo di essere in presenza di un contratto a prestazioni corrispettive in cui uno dei contraenti si sia reso inadempiente e che tale inadempimento sia da considerare grave ai sensi dell'art. 1455 c.c.; in tale contesto, il contraente fedele ha la possibilità di domandare la risoluzione del contratto: se ci chiediamo quale sia la ragione per cui egli debba effettuare una tale scelta, preferendola rispetto ad altre eventualmente possibili, troviamo immediatamente come la risposta non possa essere unitaria. Così, se il contraente fedele non ha ancora adempiuto la propria prestazione, egli avrà verosimilmente il desiderio di liberarsi dalla propria obbligazione, per non correre il rischio di dover adempiere per poi faticare ad ottenere un adempimento coattivo o dover inseguire (con un'azione risarcitoria o di riduzione del prezzo) un riequilibrio coattivo del rapporto (ove la controprestazione sia eseguita inesattamente); vero anche che egli potrebbe cautelarsi con un'eccezione di inadempimento, è però facile notare come il senso del contratto poggi su un clima di fiducia reciproca, che l'inadempimento di una parte può irreparabilmente pregiudicare, sicché il contraente fedele finisca per preferire liberarsi dal rapporto per tentare una nuova operazione contrattuale con una controparte più affidabile. Per converso, se il contraente fedele avesse già adempiuto, egli potrebbe desiderare di riottenere la risorsa economica della quale abbia disposto con il contratto, anziché inseguire la controprestazione mancata o un riequilibrio dei rapporti per il mezzo delle azioni risarcitoria o di riduzione.

Dunque, la risoluzione del contratto sembra tendere, sulla base di quanto appena esposto, a ricondurre le parti nella condizione in cui si trovavano anteriormente alla stipulazione del contratto rimasto inadempito, consentendo la liberazione dalle obbligazioni non ancora adempiute ed il recupero di quanto prestato in esecuzione del contratto. In questo senso si esprime chiaramente l'art. 1458 c.c., secondo cui la risoluzione ha effetto retroattivo tra le parti⁴.

Il rimedio risolutorio ha quindi un significato specifico nella finalizzazione alla ricostituzione dello *status quo ante*: come si vedrà, questo apre il problema di valutare la possibilità del suo utilizzo anche nei casi in cui il fine enunciato sia irraggiun-

⁴ Sul tema della retroattività in generale, v. G. Tatarano, *Retroattività (dir. priv.)*, in Enc. del Dir., XL, Milano, 1989, pagg. 83 ss. La retroattività di un evento dovrebbe comportare che esso si consideri come prodotto in un momento anteriore rispetto a quello di sua verifica naturalistica; conseguentemente, sul piano giuridico, dovranno attuarsi le modifiche necessarie affinché la realtà (giuridica) divenga «*il più possibile corrispondente a quella che sussisterebbe se gli effetti collegati a quell'evento si fossero verificati fin da un momento anteriore. (...) Di sicuro si tratta di un risultato che va oltre la finzione e segna una modifica della realtà: realtà giuridica, si intende, che è cosa diversa, ed eventualmente non coincidente, con la realtà naturale. Ma il limite è dato dalla irreversibilità delle situazioni di fatto, che conducono all'attuazione di certi effetti giuridici: factum infectum fieri nequit*».

gibile in senso naturalistico (ad esempio perché una prestazione sia stata già consumata, con la conseguenza che la posizione originaria delle parti possa essere ricreata solo “per equivalente” e non nella sua specificità).

Peraltro, è importante rilevare come l’obiettivo indicato venga perseguito dal legislatore con strategie disomogenee⁵:

- a) la risoluzione determina automaticamente la liberazione dall’obbligo di eseguire le prestazioni non ancora adempiute;
- b) essa determina, in modo del pari automatico, il riacquisto in capo all’alienante della titolarità del bene venduto⁶: la contrapposizione tra *titulus* e *modus adquirendi* e la valorizzazione, al fine del trasferimento della proprietà, del solo *titulus* (quale si è attuata, in via di evoluzione storica, nei sistemi francese ed italiano, che hanno così abbracciato in senso pregnante il principio consensualistico), comporta, infatti, quale conseguenza, che la risoluzione del contratto faccia sì che il diritto si consideri come mai trasferito;
- c) essa priva di giustificazione le ulteriori prestazioni già eseguite: la loro restituzione, però, ove non venga attuata spontaneamente, richiede un’apposita domanda giudiziale e, quindi, non trova un titolo (giudiziale) sufficiente nella sentenza di risoluzione del contratto⁷.

L’automatismo del riacquisto del diritto in capo al disponente fa sorgere il problema, sul quale si tornerà nel seguito, di stabilire se egli possa riottenere la disponibilità materiale del bene (il possesso immediato) anche invocando, quale titolo legittimante, la posizione proprietaria, oltre che la legittimazione derivante dalla risoluzione del contratto.

La funzione del rimedio risolutorio, identificata nella ricostituzione dello *status quo ante* come conseguenza della turbativa rappresentata dall’inadempimento im-

⁵ Si può ricordare come, in caso di violazione del contratto, la protezione del contraente fedele, diretta a fargli riottenere quanto da lui impegnato nell’operazione economica non riuscita, possa attuarsi anche con strategie diverse rispetto a quella della risoluzione con efficacia retroattiva: attingendo alla materia societaria, possono ricordarsi il recesso e l’esclusione quali forme di reazione che realizzano la tutela della parte senza efficacia retroattiva, ma pur sempre facendo conseguire alla parte che esce dal rapporto la riattribuzione delle risorse in esso impegnate.

⁶ E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, pag. 11; G. Tatarano, *Retroattività (dir. priv.)*, in Enc. del Dir., XL, Milano, 1989, pag. 90. Il carattere automatico del riacquisto viene anche indicato con l’espressione di “retroattività reale”.

⁷ La risoluzione è il fatto dal quale sorgono le obbligazioni restitutorie; rispetto a questa regola, il giudice non ha la possibilità di introdurre discipline diverse: «con la sentenza di risoluzione di un contratto e di condanna alla restituzione del bene che ne aveva costituito oggetto, il giudice non può fissare un termine per la consegna del bene in quanto una tale previsione si traduce nell’illegittimo differimento della provvisoria esecutività della sentenza in relazione al capo di condanna alle restituzioni. (Nella specie, il giudice di merito aveva dichiarato risolto un contratto preliminare di compravendita di un immobile e condannato alla restituzione dello stesso entro sei mesi dal passaggio in giudicato della sentenza)» (Cass., 7 maggio 1999, n. 4604, in Juris Data DVD).

putabile e grave di una delle parti e che si attua per il medio di una rigorosa applicazione della regola di retroattività degli effetti della risoluzione, merita di essere discussa.

In primo luogo, si nota come essa, per scelta dello stesso legislatore, sia limitata dall'applicazione rigorosa del principio di inopponibilità della risoluzione ai terzi: l'art. 1458, comma 2, c.c., al riguardo, stabilisce che «*la risoluzione, anche se è stata espressamente pattuita, non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di risoluzione*»⁸.

La risoluzione è inopponibile ai terzi, a prescindere da qualsiasi indagine sul loro stato soggettivo. Fanno però eccezione gli acquisti del terzo successivi alla trascrizione della domanda di risoluzione. Questa regola pone un problema di coordinamento con il disposto dell'art. 2909 c.c., secondo cui «*l'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato fa stato ad ogni effetto tra le parti, i loro eredi o aventi causa*». La norma appena citata lascia infatti intendere che la sentenza sia opponibile a tutti gli aventi causa; il coordinamento con l'art. 1458 c.c. determina che, ferma l'inopponibilità agli aventi causa per titolo anteriore all'avvio del giudizio di risoluzione, la posizione degli aventi causa per titolo posteriore a tale momento resti integralmente dipendente dall'adempimento della trascrizione della domanda; pertanto, l'inopponibilità agli aventi causa permane, in deroga a quanto previsto dall'art. 2909 c.c., ove l'attore abbia trascurato di trascrivere la domanda. Trattandosi di risoluzione di contratto relativo a beni mobili, per i quali quindi non può operare il meccanismo della trascrizione, si ritiene che l'acquisto successivo all'avvio del giudizio di risoluzione resti salvo, in deroga alla previsione dell'art. 2909 c.c., ove possa invocarsi la regola "possesso vale titolo" (art. 1153 c.c.)⁹.

In secondo luogo, essa trova un'ulteriore limitazione normativa nella regola per cui, nei contratti ad esecuzione continuata o periodica¹⁰, l'effetto della risoluzione «*non si estende alle prestazioni già eseguite*» (art. 1458, comma 1, c.c.).

⁸ Si parla, in questo senso, di un'efficacia retroattiva obbligatoria e non reale della risoluzione (G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, in P. Schlesinger (fond.) e F.D. Busnelli (dir.), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007, pag. 672).

⁹ V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (curr.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, pag. 947.

¹⁰ A qualche incertezza dà vita l'interpretazione della formula "contratti ad esecuzione continuata o periodica"; al riguardo, si è osservato che: «*non possono considerarsi compresi nella previsione normativa in commento quei contratti in cui ad una prestazione periodica o continuativa si contrappone una prestazione istantanea dell'altra parte, mentre debbono esservi ricompresi quei contratti in cui ad una prestazione continuativa se ne contrappone un'altra periodica, poiché in tal caso la corrispettività si riflette su tutte le prestazioni attraverso le quali il contratto riceve esecuzione*» (M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in E. Gabrielli (cur.), *I contratti in generale*, t. 2, in P. Rescigno (dir.), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, pag. 1524).

Si disciplina così un caso di risoluzione parziale del contratto: lo scioglimento del rapporto, cioè, ha riguardo non all'intera operazione economica, in quanto viene fatta salva la porzione di essa in cui il vincolo sinallagmatico tra le prestazioni ha avuto regolare attuazione.

Tale disposizione può essere generalizzata, con riferimento a casi ulteriori in cui il sinallagma abbia trovato attuazione parziale: *«la risoluzione parziale del contratto, esplicitamente prevista dall'art. 1458 c.c. in riferimento ai contratti ad esecuzione continuata o periodica, deve ritenersi possibile anche nell'ipotesi di contratto ad esecuzione istantanea, quando l'oggetto di esso sia rappresentato non da una sola prestazione, caratterizzata da una sua unicità e non frazionabile, ma da più cose aventi una distinta individualità, il che si verifica allorché ciascuna di esse, separata dal tutto, mantenga una propria autonomia economico-funzionale che la renda definibile come un bene a se stante e come possibile oggetto di diritti o di autonoma negoziazione. Il giudizio sulla frazionabilità dell'oggetto complessivo del contratto e sulla autonomia della singola frazione costituisce valutazione di merito e non può formare oggetto di una questione dedotta per la prima volta in sede di legittimità»*¹¹.

In terzo luogo, essa appare contraddittoria con il diritto del contraente fedele ad ottenere, nonostante la risoluzione, tutti i vantaggi che gli sarebbero derivati da un regolare adempimento, quale contenuto della pretesa risarcitoria che egli mantiene integra in capo a sé¹². Questa contraddizione, come si vedrà, impone alcuni adattamenti diretti a consentire che le obbligazioni restitutorie (nascenti dalla risoluzione) e risarcitorie (nascenti dall'inadempimento) possano coesistere.

¹¹ Cass., 20 maggio 2005, n. 10700, in *Juris Data DVD*; in questo senso, v. anche Cass., 21 dicembre 2004, n. 23657, in *Contratti*, 2005, pagg. 654 ss.; Cass., 15 aprile 2002, n. 5434, in *Contratti*, 2003, pagg. 238 ss. e in *Giust. civ.*, 2002, I, pagg. 2159 ss.).

La risoluzione parziale viene ammessa *«sulla base del rilievo che in caso di prestazione divisibile l'interesse della parte inadempiente a riavere l'intero non è un interesse apprezzabile, mentre l'interesse del contraente fedele a limitare la risoluzione del contratto è un interesse apprezzabile, che risponde alla generale esigenza di mantenere in vita il contratto»* (M. Tamponi, *La risoluzione per inadempimento*, in E. Gabrielli (cur.), *I contratti in generale*, t. 2, in P. Rescigno (dir.), *Trattato dei contratti*, Torino, 1999, pag. 1525). In arg. v. anche P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010, pagg. 80 ss.; ivi si osserva come la risoluzione parziale possa costituire una scelta illegittima per il contraente fedele, ove essa conduca ad un pregiudizio per il debitore inadempiente significativamente maggiore rispetto a quello che sarebbe conseguito alla proposizione di un'azione per la riduzione del prezzo a causa dei difetti della prestazione eseguita.

¹² In dottrina (A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento*, voce in *Enc. del Dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 1326), si evidenzia la contraddittorietà tra l'art. 1453 c.c., che assicura (a mezzo della pretesa risarcitoria) la tutela del contratto quale fonte di uno scambio di valori e l'art. 1458 c.c., che, invece, tende all'eliminazione del contratto stesso sia nel suo significato di scambio (quantitativo) di valori, che in quella di scambio qualitativo. In realtà, la risoluzione non determina l'eliminazione del contratto quale mezzo per lo scambio di valori: essa reagisce al difetto dello scambio qualitativo, proteggendo il contraente fedele che si trovi a dover temere di non riuscire a raggiungere l'assetto qualitativo del proprio patrimonio al quale tendeva con la conclusione del contratto.

In quarto luogo, essa non è pervasiva: l'eliminazione del contratto non comporta, in via automatica, la caducazione dell'intero regolamento contrattuale; è regola stabile quella per cui, ad esempio, le clausole compromissorie e quelle di elezione del foro competente mantengono valore nonostante la risoluzione del contratto¹³; la stessa considerazione deve essere ripetuta con riferimento alle clausole destinate già programmaticamente a gestire il tema dell'inadempimento: si pensi, al riguardo, alla clausola penale, che evidentemente rimane stabile ed azionabile anche in caso di risoluzione del contratto.

Con riguardo a questo medesimo rilievo, si può aggiungere un elemento ulteriore: in giurisprudenza, infatti, si nota un orientamento diretto a negare che la risoluzione del contratto comporti pienamente la reviviscenza dello *status quo ante*. Così, nel caso in cui sia stato stipulato un contratto con il quale si sia risolto un precedente contratto tra le stesse parti, la risoluzione del secondo non determina la rinascita del precedente vincolo contrattuale¹⁴.

I rilievi svolti conducono, pertanto, ad affermare come, tra le parti del contratto risolto, intercorrano rapporti più articolati e complessi di quelli che dovrebbero derivare da una rigorosa applicazione del principio di retroattività degli effetti della risoluzione, espresso dall'art. 1458 c.c. Nel seguito dell'analisi, si osserverà anche la presenza di casi in cui, nonostante la risoluzione del contratto, le parti restano collegate tra loro da obbligazioni che, lungi dall'avere natura extracontrattuale (cioè, per quanto qui di interesse, quasi contrattuale), sono pur sempre qualificate contrattuali.

¹³ V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (curr.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, pag. 948; ivi si parla di salvezza dei contenuti strumentali, come la clausola compromissoria e le garanzie.

¹⁴ «La risoluzione di un contratto concluso in sostituzione di altro precedente fra le stesse parti non fa rivivere quest'ultimo che deve intendersi assorbito nel nuovo assetto negoziale dato dalle parti ai loro reciproci interessi» (Cass., 26 aprile 1978, n. 1950, in *Juris Data DVD*); analogamente: «ancorché la risoluzione del contratto per inadempimento abbia effetto retroattivo tra le parti salvo che per le prestazioni già eseguite nei contratti ad esecuzione continuata o periodica (art. 1458 c.c.), tale efficacia retroattiva non comporta la resipiscenza di contratti precedentemente operanti tra le parti ed appunto risolti consensualmente da quello a sua volta risolto per inadempimento» (Tribunale Napoli, 5 maggio 2001, in *Juris Data DVD*).

Diversamente orientata è, però, una più recente decisione della Suprema Corte: «anche nell'ipotesi di risoluzione convenzionale di un contratto sinallagmatico, le reciproche prestazioni delle parti, che conseguono alla risoluzione, restano fra loro collegate dal vincolo della corrispettività, specie quando le parti abbiano regolato le modalità di esecuzione della risoluzione; in conseguenza, qualora un contratto risolutorio abbia previsto tali modalità contemplando a carico delle parti reciproche prestazioni, legate da rapporto di corrispettività, non può non trovare applicazione, in caso di inadempimento, il rimedio della risoluzione del contratto con il conseguente ripristino della situazione preesistente» (Cass., 28 gennaio 2004, n. 1616, in *Contratti*, 2004, pagg. 695 ss.). Questo diverso orientamento è espresso anche da decisioni di merito: «a seguito della risoluzione per inadempimento ed in relazione a quanto disposto dall'art. 1458, comma 1 c.c., il rapporto transatto ritorna nella situazione giuridica preesistente, facendo risorgere tutte le ragioni, azioni ed eccezioni di cui le parti potevano disporre originariamente» (Tribunale Nola, 14 marzo 2005, n. 793, in *Juris Data DVD*).

Risolto il contratto, non si possono trattare i rapporti tra le parti come se le stesse non fossero state astrette da un vincolo volontario: così, anticipando un tema sul quale si tornerà in seguito, laddove uno dei contraenti abbia eseguito una costruzione sul terreno dell'altro, a tanto legittimato in forza del titolo contrattuale, non sarà possibile, una volta risolto il contratto, pretendere che l'opera venga levata a spese di chi l'ha eseguita: ai sensi dell'art. 936 c.c., il contratto, ancorché risolto, integrerà almeno quella scienza e quell'assenza di opposizione che, in forza della norma citata, precludono la possibilità in questione.

Non si può, pertanto, ritenere che la risoluzione del contratto comporti semplicemente la conclusione per cui il contratto debba essere considerato come se non fosse mai stato stipulato: ed anche il ritorno alla situazione previa può essere alternativamente considerato come la semplice conseguenza di movimenti giuridici da valutare (sia pure *ex post*) come mai intervenuti, oppure come il risultato di un nuovo spostamento giuridico, prodotto dalla risoluzione. In questo secondo senso si è espressa la giurisprudenza, affrontando il problema della risoluzione di un contratto relativo ad un'azienda, laddove ha stabilito che: «*con riguardo alla cessione di un'azienda, nel caso in cui si verifichi la risoluzione del contratto per inadempimento dell'acquirente, il contratto di lavoro subordinato, stipulato dall'acquirente prima della risoluzione, può continuare con l'imprenditore alienante, cui l'azienda è restituita, solo in presenza delle condizioni previste dall'art. 2112 c.c., ma non automaticamente in forza del disposto del comma 2 dell'art. 1458 c.c. (per cui in caso di risoluzione restano impregiudicati i diritti acquistati dai terzi), trattandosi di rapporto avente attinenza solo occasionale ed indiretta con l'oggetto del contratto risolto*»¹⁵.

Il caso appena prospettato indica l'importanza e la complicazione degli effetti restitutori della risoluzione in collegamento con gli atti che possano essere stati compiuti durante la pendenza del contratto, da parte di colui che prima della risoluzione abbia avuto la disponibilità economica e la gestione del bene. La inopponibilità della risoluzione ai terzi che abbiano acquistato diritti costituisce la direttiva unitaria fornita dal legislatore: essa appare simmetrica rispetto a quella dettata dal codice con riferimento agli atti di amministrazione compiuti durante la pendenza della condizione (art. 1361 c.c.). La giurisprudenza, invece, sembra sovrapporre, alle regole anzidette, quella che vede nell'evento risolutorio la causa di un movimento giuridico uguale e contrario rispetto a quello originario: e ne ricava conseguenze che deviano da quelle appena indicate.

Nel dibattito scientifico si è discusso sul valore effettivo della regola di retroattività e si sono suggerite formule diverse per descrivere il fenomeno (retroattività obbligatoria, retroattività reale, retroattività reale relativa – in ragione dell'inopponibilità ai ter-

¹⁵ Cass., 2 dicembre 1985, n. 6034, in *Juris Data DVD*.

zi —)¹⁶: non è, però, con una formula sintetica che si può dare adeguatamente conto della complessità del compito di ricondurre le parti del rapporto, in ragione di un fatto prodottosi successivamente alla conclusione del contratto (l'inadempimento) e che ha condotto allo scioglimento del rapporto in forza di un provvedimento costitutivo (la sentenza di risoluzione), nello stato economico in cui si sarebbero trovate se a quel contratto non avessero dato (almeno parziale) esecuzione.

Se il diritto fosse ricostruibile come un sistema di principi primi e di regole deduttivamente ricavabili da quelli, si potrebbe semplicemente dire che, in caso di inadempimento grave, il contraente fedele abbia la possibilità di provocare la risoluzione del contratto e che, conseguentemente, divenendo le prestazioni rese non più giustificate (atteso il carattere retroattivo della risoluzione) le stesse debbano essere restituite, senza che l'effettiva sorte di quanto prestato (quale evento prodottosi a valle della risoluzione, posto il carattere retroattivo di questa, tale, cioè, da renderla, con finzione giuridica, coeva alla stipulazione del contratto) possa riflettersi sul debito in questione (se non con riguardo al modo in cui la restituzione dovrà avere luogo).

Il diritto positivo, però, non risponde all'immagine appena ricordata: e sono molte le conferme del fatto che l'esecuzione delle prestazioni dovute e la possibilità o meno di attuarne la restituzione specifica si riflettono sulla possibilità di invocare rimedi giuridici che, a rigore, dovrebbero fondarsi su elementi tutti collocati a monte dell'esecuzione; si tratta di un'affermazione che vale, peraltro, non solamente per la risoluzione, ma anche per le invalidità (paradigmatico, in questo senso, è il riferimento all'art. 2126 c.c.)¹⁷.

II. Le restituzioni da risoluzione del contratto per inadempimento

II.A. Identificazione delle norme applicabili

ABSTRACT:

«In questa sede, si affronta il classico problema dell'individuazione del corpo di norme giuridiche applicabili alle obbligazioni restitutorie.

In primo luogo, ci si domanda se l'esito restitutorio possa essere raggiunto applicando più gruppi di norme concorrenti. Al quesito viene data risposta affermativa, rilevando sia l'applica-

¹⁶ In arg., G. Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in AA.VV., *Commentario del codice civile*, Torino, 1980, pag. 633. In dottrina, sul tema qui considerato, si è osservato che non avrebbe senso sostenere la permanente validità di un atto «che non produca né possa mai più produrre alcun effetto» (G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, in P. Schlesinger (fond.) e F.D. Busnelli (dir.), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007, pag. 686). Non è, però, vero che l'atto sia del tutto incapace di effetti: come si è poc'anzi visto, rimangono salvi i contenuti strumentali del contratto, ancorché risolto. Inoltre, la salvezza degli acquisti dei terzi è indice della perdurante operatività, a tal fine, del contratto.

¹⁷ In arg., v. E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010, pagg. 12 ss.

bilità dell'azione di rivendicazione (da parte del disponente che, per effetto della risoluzione, abbia riacquisitato la titolarità del bene), sia l'applicabilità della stessa disciplina contrattuale (nonostante la risoluzione), tutte le volte in cui la restituzione del bene costituisca un effetto che sarebbe dovuto conseguire al puntuale adempimento del contratto.

In secondo luogo, si analizza la possibilità di risolvere la disciplina delle restituzioni da risoluzione con un mero rinvio a quella dell'indebito; al quesito viene data risposta negativa: l'origine contrattuale degli spostamenti economici intervenuti comporta importanti deviazioni dalle regole che sarebbero applicabili in assenza radicale di un vincolo previo.

Le indicate deviazioni attengono, ad es., all'elemento soggettivo (buona o mala fede dell'accipiens) e alla perdurante rilevanza del nesso sinallagmatico anche nella relazione post-contrattuale».

La retroattività comporta che le prestazioni già eseguite al momento della risoluzione debbano essere restituite¹⁸. Come si è già sopra accennato, nonostante le restituzioni siano un effetto legale della risoluzione, la domanda giudiziale diretta ad ottenerle è autonoma e distinta rispetto a quella di risoluzione del contratto; pertanto, incorrerebbe in un vizio di ultrapetizione il giudice che, accogliendo una domanda risolutoria, ordinasse, in difetto di una corrispondente domanda, la restituzione di quanto prestato in adempimento del contratto risolto¹⁹.

¹⁸ In giurisprudenza si identifica, al riguardo, anche uno specifico obbligo diretto a consentire che le prestazioni restitutorie trovino adempimento; in questo senso, è stato stabilito che: «la disposizione dell'art. 1458 c.c., secondo cui la risoluzione del contratto per inadempimento ha effetto retroattivo tra le parti, significa soltanto che la risoluzione toglie valore alla causa giustificativa delle attribuzioni patrimoniali già effettuate, mentre l'obbligo delle reciproche restituzioni nasce dalla sentenza, che ha natura costitutiva e correlativa efficacia "ex nunc". Ne consegue che il compratore che sia attore o convenuto in giudizio per la risoluzione della vendita ha l'obbligo di custodire la cosa venduta quale obbligato "sub conditione" alla restituzione di essa, mentre la proposizione della domanda di risoluzione non importa di per sé un'offerta di restituzione dell'oggetto del contratto» (Cass., 18 febbraio 1980, n. 1192, in Juris Data DVD).

¹⁹ «In materia contrattuale, pur essendo l'obbligo di restituzione della prestazione ricevuta un effetto naturale della risoluzione del contratto, non di meno sul piano processuale è necessario che la parte proponga specifica domanda ai fini di detti effetti restitutori; ne consegue che, ove sia stata proposta in primo grado la domanda di risoluzione del contratto con richiesta di risarcimento danni, al giudice d'appello è preclusa, ai sensi dell'art. 345 c.p.c., la possibilità di prendere in esame la domanda restitutoria avanzata per la prima volta in grado di appello, trattandosi di domanda nuova» (Cass., 2 febbraio 2009, n. 2562, in Juris Data DVD; v. anche Cass., 1 luglio 2008, n. 17995, in Juris Data DVD; Cass., 18 aprile 2007, n. 9314, in Juris Data DVD; Cass., 7 dicembre 1981, n. 6479, in Juris Data DVD).

L'autonomia della domanda restitutoria comporta ovvii corollari:

- A) «la domanda di restituzione della prestazione effettuata conseguente alla risoluzione del contratto per inadempimento configura una domanda nuova rispetto a quella di risarcimento del danno che la parte abbia proposto insieme alla domanda di risoluzione, tanto con riferimento alla causa petendi, integrando essa una richiesta di ripetizione di indebito, cui è tenuta, in ipotesi, anche la parte non inadempiente, che trova la propria causa nella prestazione effettuata e nel venir meno del suo titolo e non già in un comportamento colpevole fonte di responsabilità contrattuale, quanto con riguardo al petitum, necessariamente limitato alla restituzione di quanto corrisposto e dei frutti percepiti» (Cass., 28 marzo 2006, n. 7083, in Juris Data DVD);
- B) «la risoluzione giudiziale del contratto, pur importando per il suo effetto retroattivo espressamente sancito dall'art. 1458 c.c., l'obbligo di ciascuno dei contraenti di restituire le prestazioni ricevute, non autorizza il

Poiché l'art. 1458 c.c. non contiene precisazioni (diversamente, l'art. 1463 c.c., con riguardo all'impossibilità sopravvenuta, opera un rinvio espresso alle norme relative alla ripetizione dell'indebito), ci si domanda se le restituzioni debbano essere disciplinate sulla base di un qualche ulteriore corpo di regole legali, oppure se la ricostruzione della disciplina di dettaglio debba essere logicamente ricavata dalla semplice direttiva formulata dallo stesso art. 1458 c.c.²⁰.

Prima di affrontare la questione indicata, però, vi è da domandarsi se le prestazioni "restitutorie" formino semplicemente l'oggetto di obbligazioni nate dalla risoluzione, oppure se il riottenimento di quanto prestato, possa essere l'effetto anche dell'applicazione di discipline concorrenti. Il dubbio si giustifica in due diversi casi.

A) In primo luogo, supponiamo che il venditore abbia consegnato all'acquirente un bene immobile, in forza di una compravendita rimasta inadempita dal compratore. Ci si domanda, in questo caso, se il riottenimento del bene possa essere conseguito invocando, quale titolo, anziché la risoluzione del contratto, la proprietà del bene in capo al venditore.

Sul punto, in dottrina è stata espressa opinione negativa²¹: partendo dal dato per cui, in materia di risoluzione per impossibilità sopravvenuta, l'art. 1463 c.c. stabilisce che le restituzioni debbano avvenire in base alla disciplina dell'indebito, si è ricavato come questa regola sia al contempo pervasiva (dovendosi applicare a tutti i casi di risoluzione) ed esclusiva (indicando implicitamente che la disciplina sull'indebito sia l'unica alla quale è affidato il compito di ricostituire lo *status quo ante*). Pertanto, il contraente che abbia eseguito la propria prestazione, dovrebbe disporre solamente dell'azione personale, restando escluso il concorso con altre azioni.

Sembra, però, che il punto di appoggio normativo di questa costruzione sia sostanzialmente fragile, data l'incertezza sull'effettiva generalizzabilità del disposto dell'art. 1463 c.c. (per lo più contestata). Inoltre, la norma non indica in alcun punto che il rimedio indicato sia l'unico disponibile. Non solo: la tesi condurrebbe a risultati inappaganti; si consideri, al riguardo, la risoluzione di un contratto di

giudice ad emettere i relativi provvedimenti senza la richiesta della parte interessata, che non può essere avanzata per la prima volta in sede di legittimità» (Cass., 28 settembre 1983, n. 5736, in *Juris Data DVD*); «*la risoluzione giudiziale del contratto, pur comportando le conseguenze di cui all'art. 1458 c.c., non autorizza il giudice ad emettere i provvedimenti restitutori senza richiesta di parte, sicché la relativa domanda, se proposta per la prima volta in appello, è nuova agli effetti dell'art. 345 c.p.c. in quanto implica la decisione su un petitum estraneo al giudizio di primo grado»* (Cass., 16 aprile 1984, n. 2457, in *Juris Data DVD*).

²⁰ «L'enunciato sulla retroattività della risoluzione appare tuttora oscuro in relazione al profilo sia della fattispecie che della disciplina, dato che non si è ancora formato un orientamento consolidato né circa l'area dei problemi risolti da tale enunciato né circa le regole da esso enucleabili in ordine ai problemi che si ritengano di sua competenza» (A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento*, voce in *Enc. del Dir.*, XL, Milano, 1989, pag. 1328).

²¹ P. Trimarchi, *Istituzioni di diritto privato*, XVIII ed., Milano, 2010, pag. 344.

vendita di un bene immobile; decorsi dieci anni dalla risoluzione, dovrebbe considerarsi prescritta l'azione di ripetizione dell'indebitito, con la conseguenza che l'ex alienante non potrebbe più recuperare il bene, nonostante l'acquirente non ne sia divenuto proprietario (dato che l'usucapione richiede il possesso continuato ventennale: art. 1158 c.c.).

Si ricava, dunque, la possibilità di ottenere la restituzione di quanto trasferito in forza del contratto, non solamente in base al disposto dell'art. 1458 c.c., ma anche in base al ricorso all'azione di rivendicazione²². Ciò che, invece, si deve senz'altro ammettere è la necessità di coordinare i due gruppi di norme: l'esperimento dell'azione di rivendicazione, infatti, non può condurre al risultato di neutralizzare le regole specifiche dettate in materia di risoluzione; pertanto, resterà fermo che il contraente non potrà, optando per la rivendicazione, recuperare il bene in pregiudizio di terzi che abbiano acquistato da chi risultava legittimato in forza di titolo poi risolto.

B) In secondo luogo, dobbiamo ricordare come vi siano alcuni contratti in cui la restituzione del bene al quale erano riferiti i diritti oggetto dell'operazione voluta dalle parti, costituisce il contenuto di un'obbligazione contrattuale. Così, si pensi alla locazione, in cui, allo scioglimento del vincolo, il conduttore deve riconsegnare il bene al locatore, secondo quanto previsto dall'art. 1590 c.c.; in questi casi, alla scadenza del rapporto contrattuale, il conduttore è obbligato a restituire il bene locato: e si tratta di obbligazione contrattuale; tuttavia, se il contratto si risolve per inadempimento, la medesima restituzione non costituisce più l'oggetto di un'obbligazione contrattuale, ma è uno degli effetti nascenti dalla stessa risoluzione del contratto.

Per quanto riguarda la protrazione nel godimento del bene, intercorrente tra il momento della risoluzione e quello della restituzione effettiva, il legislatore stabilisce una regola di ultrattività della *lex contractus*, in forza della quale «*il conduttore in mora a restituire la cosa è tenuto a dare al locatore il corrispettivo convenuto fino alla riconsegna, salvo l'obbligo di risarcire il maggior danno*».

Sembra, dunque, che in questo caso il riottenimento del bene che abbia formato oggetto di attribuzione in forza del contratto sia governato dalle medesime regole del contratto risolto, destinate a proiettare i propri effetti sino al completo adempimento dell'obbligazione restitutoria²³. La risoluzione, pertanto, non solamente non

²² C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994, pag. 796.

²³ È noto come l'obbligazione restitutoria gravante sul conduttore abbia formato oggetto di incertezze interpretative: in giurisprudenza, nei primi venti anni di applicazione del codice vigente, si propendeva infatti per la qualificazione extracontrattuale dell'obbligazione restitutoria conseguente alla risoluzione del rapporto, mentre la dottrina e la successiva giurisprudenza hanno optato per una qualificazione strettamente contrattuale. In arg., v. P. Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, in R. Sacco (dir.), *Trattato di diritto civile*, Torino, 1996, pag. 8.

si estende alle coppie di prestazioni già bilateralmente adempiute (secondo quella che è la regola valevole per i contratti ad esecuzione continuata o periodica), ma non libera neppure dall'obbligazione di adempiere le prestazioni ancora dovute, posto che l'ammontare del canone non è determinato sulla base del riferimento a parametri esocontrattuali.

Analogo discorso può essere svolto con riferimento al contratto di mutuo: in questo caso, ove il contratto dovesse risolversi, il mutuatario sarebbe obbligato alla restituzione della somma ottenuta e, sino al momento dell'effettivo rimborso, resterebbe obbligato al pagamento degli interessi convenzionali, giusta il disposto dell'art. 1224, comma 1, c.c.

*

Dobbiamo ora affrontare il tema che precedentemente è stato annunciato: quello, cioè, della identificazione delle norme che governano le restituzioni conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempimento²⁴.

Il codice vigente ha riunito una serie di casi di turbativa del rapporto contrattuale (l'inadempimento, l'impossibilità sopravvenuta e l'onerosità eccessiva sopravvenuta) *«sotto l'unico profilo della risoluzione del contratto, in modo che questa viene considerata dal nuovo codice come rimedio concesso per ogni caso di mancata realizzazione del sinallagma»* (Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, n.

²⁴ Nei testi di diritto uniforme (in particolare, si considera qui la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili), nei Principi Unidroit (del 2010) e nei progetti normativi diretti a favorire l'unificazione del diritto europeo (al riguardo, il riferimento è al Draft Common Frame of Reference), si trovano affermate le seguenti regole:

- 1) la risoluzione libera le parti dall'obbligo di adempiere le prestazioni non ancora eseguite (Conv. Vienna, art. 81; Pr. Unidroit, art. 7.3.5; DCFR, art. III.-3:509);
- 2) il contraente fedele mantiene il diritto al risarcimento del danno commisurato all'interesse positivo (Conv. Vienna, art. 81; Pr. Unidroit, art. 7.3.5; DCFR, art. III.-3:509);
- 3) lo scioglimento del vincolo contrattuale non comporta l'integrale caduta del regolamento contrattuale: restano efficaci le clausole sulla soluzione delle controversie e sugli effetti della risoluzione (Conv. Vienna, art. 81; Pr. Unidroit, art. 7.3.5; DCFR, art. III.-3:509);
- 4) le prestazioni eseguite debbono essere restituite (Conv. Vienna, art. 81; Pr. Unidroit, art. 7.3.6; DCFR, art. III.-3:510);
- 5) le restituzioni, ove siano state eseguite prestazioni bilaterali, debbono adempiersi contemporaneamente (*Zug um Zug*) e ciascuna parte può rifiutare il proprio adempimento ove controparte non adempia quanto da essa dovuto (Conv. Vienna, art. 81; Pr. Unidroit, art. 7.3.6; DCFR, art. III.-3:510);
- 6) con riguardo ai contratti parzialmente adempiuti o destinati a durare nel tempo:
 - a) nei contratti ad esecuzione continuata, la restituzione riguarda solo le prestazioni successive alla risoluzione (sempre che il contratto sia divisibile) (Pr. Unidroit, art. 7.3.7);
 - b) *«there is no obligation to make restitution to the extent that conforming performance by one party has been met by conforming performance by the other»* (DCFR, art. III.-3:511)

660)²⁵. In questo modo, la risoluzione ha assunto una configurazione autonoma: precedentemente, la tutela risolutoria (peraltro nota già in antico, se si pensa all'*actio redhibitoria*) era legittimata per il tramite della configurazione di una condizione risolutiva (tacita).

Il distacco intervenuto ha riguardato non solamente il tema del “fondamento ultimo” del rimedio, ma anche la disciplina applicabile: in questo senso, si nota come, in tema di condizione, nonostante la regola di retroattività, il legislatore abbia attribuito un autonomo valore alla fase di pendenza del rapporto, disciplinando analiticamente gli effetti degli atti e degli eventi occorsi. L'art. 1458 c.c., invece, tende ad accreditare un'idea di retroattività generalizzata (con i limiti che già si sono sopra ricordati), che si discosta sensibilmente da quella che domina in materia di condizione risolutiva.

L'istituto della risoluzione, alla luce di quanto rilevato, si ricostruisce attorno all'idea della mancanza sopravvenuta della causa: ciò, però, non comporta in via immediata la conseguenza della sua unitarietà, nel senso, cioè, che la disciplina degli effetti debba essere omogenea nei diversi casi di risoluzione. Inoltre, è importante rilevare come il legislatore abbia dettato regole *ad hoc* con riguardo a singoli tipi contrattuali, rispetto alle quali non è affatto semplice stabilire se introducano ecce-

²⁵ La risoluzione del contratto costituisce la ragione giustificatrice dell'insorgere delle obbligazioni restitutorie; ne consegue che, domandata la restituzione del prestatore in ragione dell'intervenuta risoluzione per inadempimento, il giudice può condannare alla restituzione, senza violare il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche ove ritenga il contratto risolto per effetto delle domande risolutorie reciprocamente svolte, e non, invece, per l'inadempimento risultato indimostrato: «*non sussiste violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato allorché il giudice, qualificando giuridicamente in modo diverso rispetto alla prospettazione della parte i fatti da questa posti a fondamento della domanda, le attribuisca un bene della vita omogeneo, ma ridimensionato, rispetto a quello richiesto. Ne consegue che, proposta in primo grado una domanda di risoluzione per inadempimento di contratto preliminare, e di conseguente condanna del promittente venditore alla restituzione del doppio della caparra ricevuta, non pronunzia ultra petita il giudice il quale ritenga che il contratto si sia risolto non già per inadempimento del convenuto, ma per impossibilità sopravvenuta di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti (ex art. 1453, comma 2, c.c.) e condanni il promittente venditore alla restituzione della sola caparra (la cui ritenzione è divenuta sine titulo) e non del doppio di essa*» (Cass., 5 novembre 2009, n. 23490, in *Juris Data DVD*).

In giurisprudenza si ritiene, invece, che la domanda di restituzione basata sull'intervenuta risoluzione sia diversa, per causa petendi, dalla domanda di ripetizione, basata sull'assenza originaria di una causa giustificatrice dello spostamento patrimoniale: «*nel giudizio instaurato per conseguire la risoluzione per inadempimento contrattuale e la restituzione della prestazione eseguita, di fronte alla contestazione della parte convenuta in ordine a tutti i fatti allegati, la richiesta di ripetizione d'indebito formulata dall'attore all'udienza di trattazione configura domanda nuova, stante la diversità della "causa petendi". Infatti, la prima azione (rispetto alla quale quella restitutoria si profila come conseguenziale) ha come "causa petendi" il contratto e l'inadempimento dello stesso, mentre l'azione di ripetizione di indebito ha come "causa petendi" un pagamento non dovuto. Inoltre, l'azione di restituzione della somma data in esecuzione del contratto di cui si chiede la risoluzione presuppone l'accertamento non solo dell'esistenza del contratto, ma anche della responsabilità contrattuale e, quindi, dell'inadempimento colpevole, laddove nella ripetizione dell'indebito il presupposto è l'avvenuto pagamento e l'inesistenza di una "causa solvendi"*» (Cass., 13 dicembre 2006, n. 26691, in *Juris Data DVD*).

zioni o, all'opposto, regole destinate a prevalere anche al di fuori del tipo²⁶. Un rilevante esempio è rappresentato dal problema dell'interpretazione del significato e della portata dell'art. 1492, comma 3, c.c. (su cui v. *infra*).

Secondo l'opinione prevalente, la risoluzione del contratto determina il venir meno della causa dell'attribuzione, sicché ne deriverebbe la qualificazione di indebitato della prestazione eseguita. Conseguentemente, si ritiene che si debba fare applicazione degli artt. 2033 ss. c.c., vertendosi in un caso di indebito oggettivo²⁷.

Pertanto, la normativa in questione non è a sua volta priva di incertezze interpretative: così, per esempio, trattandosi di prestazione di fare, è discusso se essa rientri nel perimetro semantico del termine "pagamento" (utilizzato dall'art. 2033 c.c.) o se dia vita ad un caso di arricchimento governato dalla disciplina residuale degli artt. 2041 ss. c.c.²⁸; il dubbio non è privo di conseguenze: applicando lo schema dell'indebito, l'*accipiens* è tenuto a corrispondere il valore della prestazione ricevuta (misurabile in base ai parametri di mercato), applicandosi (solo ove sia in buona fede) il limite dell'arricchimento conseguito; la disciplina sull'arricchimento senza causa, invece, considera come criterio generale la determinazione dell'indennizzo entro i limiti dell'arricchimento conseguito dall'*accipiens*²⁹. Sulla problematica specifica delle prestazioni di fare, peraltro, si ritornerà nel seguito della trattazione.

Che la risoluzione del contratto lasci spazio alla disciplina sulla ripetizione dell'indebito è oggetto di discussione, dato che «*il regime dell'indebito sembra presupporre che tra i soggetti di esso non corra alcun precedente rapporto, giacché questo s'instaura solo*

²⁶ In arg., v. A. Belfiore, *Risoluzione per inadempimento*, voce in Enc. del Dir., XL, Milano, 1989, pag. 1307.

²⁷ C.M. Bianca, *Diritto civile*, 5, *La responsabilità*, Milano, 1994; R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, in P. Rescigno (dir.), *Trattato di diritto privato*, vol. 10, III ed., Torino, 2002, pag. 650; V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (curr.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, pagg. 945 ss.

La tesi secondo cui le restituzioni sarebbero governate dalle norme in tema di indebito a prescindere da quale sia l'evento generatore dell'obbligazione di ripetizione (nullità, annullabilità, rescissione, risoluzione oppure esecuzione di una prestazione indebita che non sia stata preceduta da alcuna relazione giuridica tra le parti) prende il nome di "modello unitario": essa è ampiamente analizzata in E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Milano, 2010 (in part., pagg. 128 ss.). In questa prospettiva, l'art. 2033 c.c. assume il valore di una vera e propria clausola generale, applicabile trasversalmente rispetto al tipo di rimedio (invalidità o risoluzione) od al tipo di prestazione (dare o fare).

²⁸ In questo senso, v. V. Roppo, *Il contratto*, in G. Iudica e P. Zatti (curr.), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2001, pag. 949.

²⁹ V., ad es., Cass., 27 febbraio 2002, n. 2884, in Contratti, 2002, pagg. 982 ss., con nota di E. Vaglio, *Costruzione di immobile abusivo: nullità dell'appalto e azione di ingiustificato arricchimento*. La sentenza (peraltro relativa ad un caso di nullità del contratto e non di sua risoluzione) colloca senza incertezze la problematica della prestazione indebita di fare entro la disciplina dell'arricchimento senza causa e stabilisce che «*ai fini dell'obbligo di indennizzo previsto dall'art. 2041 c.c., è necessario e sufficiente che vi sia stata, senza giusta causa, la locupletazione di un soggetto, comunque verificatasi, e che, in stretta correlazione con essa, altro soggetto abbia subito un depauperamento, la cui entità segna anche il limite insuperabile di detto indennizzo*».

all'atto del pagamento non dovuto»³⁰. La disciplina dell'indebito, cioè, è costruita, in linea di massima, sull'ipotesi di una prestazione isolata che viene eseguita senza essere dovuta; nei contratti a prestazioni corrispettive, invece, le prestazioni sono originariamente dovute (attesa l'efficacia del vincolo sino alla sua risoluzione), nascono collegate nel sinallagma genetico e rimangono tra loro connesse in prospettiva funzionale (sinallagma funzionale). Si giustifica, allora, il dubbio (che verrà esaminato nel seguito) sulla capacità di questa relazione di proiettarsi anche sulla crisi del contratto e, quindi, sulle prestazioni che risultino dovute in seguito ad essa (il discorso che si sta svolgendo vale anche per i casi di annullabilità e nullità).

Il ricorso alla disciplina sull'indebito fa sorgere problemi non indifferenti per la difficoltà di raccordare i concetti fondamentali dominanti nei due settori. Infatti, in campo contrattuale, in caso di risoluzione, si è in presenza (in ipotesi) di due parti che hanno eseguito prestazioni da esse non dovute (a causa della caducazione successiva del titolo che le giustificava causalmente); se si vuole differenziarle, occorre fare riferimento alla circostanza per cui l'una è rimasta fedele ai propri impegni (contraente fedele), mentre l'altra li ha violati (parte inadempiente); questa contrapposizione ha rilevanza dal punto di vista dell'insorgenza di un'ulteriore obbligazione, a carico dell'inadempiente, diretta al risarcimento del danno provocato con l'inadempimento.

Venendo, invece, alla disciplina sull'indebito, essa opera una distinzione fondamentale a seconda che, al momento dell' *acceptio*, l'*accipiens* fosse in buona o in mala fede e, sulla base di tale classificazione, si articolano gli effetti giuridici.

Nei due gruppi di norme, dunque, i criteri tassonomici fondamentali non collimano: si è, però, posto il dubbio della possibilità di un loro coordinamento e, in giurisprudenza, vi è stato il tentativo di sovrapporre le discipline, operando un'equiparazione pura e semplice tra parte inadempiente e *accipiens* in mala fede, da un lato, e parte adempiente (o fedele) e *accipiens* in buona fede, dall'altro. A favore di questa soluzione, si è espressa anche parte della dottrina³¹.

Ma, «*così statuendo, si caricano le regole restitutorie di funzioni e valenze risarcitorie, in ragione del diverso stato soggettivo di colui che è obbligato alla restituzione*»³²; «*una regola operativa potrebbe essere diretta a distinguere a seconda che il regime delle restituzioni si ricolleggi a contratti successivamente venuti meno (perché nulli, annullati, rescisi o risolti) oppure a fatti extra-contrattuali (come il pagamento dell'indebito o l'arricchimento senza causa). Si tratta di recuperare la distinzione tra *condictio sine causa* e *condictio ob causam finitam*, il cui azzeramento non corrisponde alla realtà dei rapporti*»³³.

³⁰ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, IV ediz., Milano, 2003, pag. 350.

³¹ R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pag. 650.

³² A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 350.

³³ A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 351. V. anche A. Di Majo, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*, nota a Trib. Roma 1 luglio 2004, in *Corriere Giuridico*, 2004, pagg. 1503 ss.

Come si vedrà nel seguito dell'indagine, la giurisprudenza si è andata distaccando dal richiamo della disciplina sull'indebito collegato alla semplificante sovrapposizione delle figure dell'*accipiens* di buona o mala fede a quelle del contraente adempiente o inadempiente; questa evoluzione «*consente di confermare che il regime delle restituzioni contrattuali segue ormai un regime suo proprio*»³⁴.

Le osservazioni svolte depongono in senso contrario ad un'automatica sovrapposizione della tassonomia dell'indebito a quella dell'inadempimento del contratto. Ma la riflessione scientifica in materia è giunta ad un più radicale rifiuto del ricorso alla disciplina dell'indebito per regolare gli effetti restitutori della risoluzione contrattuale. In questo senso, una parte della dottrina (BELFIORE e LUMINOSO), si mostra favorevole ad un concetto di retroattività in senso forte, che comporta obblighi restitutori identici per entrambe le parti. La differenziazione nel trattamento dei due soggetti (contraente fedele e debitore inadempiente) viene integralmente affidata alle norme risarcitorie, evitando così di contaminare le regole restitutorie con la diversa funzione risarcitorio-sanzionatoria. Sottratte le obbligazioni restitutorie alla disciplina dell'indebito, esse restano attratte e governate dalla stessa *lex contractus*, destinata a proiettare i propri effetti non solo sulla fase fisiologica, ma anche su quella patologica e, apparentemente, post contrattuale³⁵. La conseguenza di questa diversa impostazione è quella di ricollegare gli obblighi restitutori per entrambe le parti al momento in cui la prestazione da restituire sia stata effettivamente ricevuta³⁶.

Il risultato di un trattamento omogeneo della posizione dei due contraenti è stato argomentato anche sulla base della stessa disciplina dell'indebito (art. 2033 c.c.); ad entrambi i contraenti dovrebbe applicarsi una presunzione di buona fede al momento del ricevimento della controprestazione, con la conseguenza che frutti ed interessi risulterebbero dovuti a far data dal giorno della domanda; in questo senso, si rileva come sia normale che l'inadempimento si manifesti in un momento successivo rispetto a quello della *acceptio* (salvi i casi di contratto programmaticamente destinato a restare inadempiuto)³⁷: conseguentemente, si presenta come logicamente scorretta l'idea per cui il contraente inadempiente che abbia ricevuto la controprestazione debba essere considerato come se avesse ricevuto tale prestazione in mala fede.

Oltre alla soluzione consistente nel rinvio puro e semplice alla disciplina dell'indebito ed a quella che, come si è visto, si basa su un'idea forte della retroattività

³⁴ P. Gallo, *Trattato del contratto*, 3, I rimedi. La fiducia. L'apparenza, Utet, Torino, 2010, pag. 2215.

³⁵ «Le obbligazioni restitutorie sono quelle stesse nate da contratto ma "con segno invertito". Il regime è quello delle obbligazioni contrattuali» A. Di Majo, *La tutela civile dei diritti*, cit., pag. 352.

³⁶ In critica, è stato osservato che l'insorgenza dell'obbligazione di corrispondere interessi compensativi (art. 1282 c.c.) sia strettamente collegata all'esigibilità della prestazione: P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 74.

³⁷ P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 73.

della risoluzione, sono state affacciate anche proposte ulteriori per risolvere il problema qui considerato. Se la regola sulla retroattività implica che le prestazioni già eseguite debbano essere restituite, non vi è però dubbio sul fatto che la fonte di tale obbligazione restitutiva sia costituita dalla sentenza di risoluzione; il fenomeno appare, allora, avvicinabile a quello condizionalistico, nel quale pure opera, per scelta legislativa, la regola di retroattività (in realtà rafforzata rispetto a quella qui esaminata, attesa l'opponibilità ai terzi). La vicinanza tra i due fenomeni permette così di elaborare un ulteriore modello, basato sull'applicazione analogica della disciplina sulla condizione, ancorché la stessa non possa evidentemente essere integrale, per l'importante differenza relativa alla salvezza o meno dei diritti dei terzi. In questo senso, si è così suggerito di far decorrere l'obbligazione di restituire frutti ed interessi dal momento di verifica della risoluzione, escludendo, sul punto, la regola di retroattività³⁸.

*

L'individuazione della disciplina applicabile alle restituzioni conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempimento si presenta complicata, non solamente in ragione dei dubbi che derivano dalla semplice operazione di rinvio alle norme sull'indebito, ma anche per il fatto che le prestazioni contrattuali si inseriscono, *ab initio*, in una relazione funzionale unitaria; da questa constatazione deriva il dubbio sulla permanenza di una relazione di collegamento tra le obbligazioni nascenti dalla risoluzione, conseguente al vincolo sinallagmatico che legava le prestazioni reciprocamente dovute sulla base del contratto rimasto inadempito. La questione è fondamentale per la soluzione di diversi problemi pratici: così, per limitarsi ad un esempio, si consideri il dubbio sull'opponibilità dell'eccezione di inadempimento (dell'obbligazione restitutiva), da parte di uno dei contraenti, quale esimente dilatoria rispetto al rifiuto di adempiere l'obbligazione restitutiva su di essa gravante³⁹.

Il collegamento tra le prestazioni nella fase patologica è stato elaborato entro la c.d. *Saldotheorie*, in base alla quale il creditore della prestazione restituenda deve calcolare a proprio carico il valore di quella che egli non è più in grado di restituire⁴⁰;

³⁸ P. Gallo, *Trattato del contratto*, 3, I rimedi. La fiducia. L'apparenza, cit., pag. 2222.

³⁹ «Il principio secondo cui le prestazioni reciproche delle parti che conseguono alla risoluzione – giudiziale o per mutuo consenso – della compravendita restano tra loro collegate, sicché l'una non può essere pretesa se l'altra non sia adempiuta, se giustifica la mancata restituzione degli effetti cambiari, consegnati dal compratore fino alla restituzione delle cose vendute, non autorizza il venditore stesso a mettere in circolazione detti effetti, determinandone il protesto» (Cass., 23 aprile 1980, n. 2678, in Banca borsa tit. cred. 1981, II, pagg. 145 ss.).

⁴⁰ In base alla teoria del saldo, le parti del contratto sinallagmatico inefficace (o divenuto tale) non sono semplicemente obbligate ad effettuare due prestazioni restitutorie indipendenti tra loro; piuttosto, le due prestazioni restitutorie restano collegate da un nesso di interdipendenza che si manifesta:

egli ha quindi diritto solo alla differenza tra valore della prestazione da lui eseguita e valore della prestazione da lui conseguita⁴¹.

La ricostruzione esaminata conduce a risultati assai importanti: in primo luogo, come si è poc'anzi notato, la parte che sia stata richiesta di restituire quando ricevuto, può opporre un'eccezione ove non venga contemporaneamente offerta la restituzione della prestazione da essa già eseguita; in secondo luogo, l'impossibilità della restituzione di una prestazione preclude il diritto alla restituzione della controprestazione: così, per riprendere un esempio ricorrente, se l'acquirente di un autoveicolo non è in grado di restituirlo a causa della sua distruzione per un evento incolpevole, accidentale ed estraneo alle ragioni che abbiano condotto alla risoluzione del contratto, non può pretendere la restituzione del prezzo pagato, offrendo alla controparte quella di un rottame. Su questo tema specifico, peraltro, si avrà occasione di ritornare successivamente.

La *Saldotheorie* si contrappone alla *Zwei-Kondiktionenlehre*, che considera invece le due prestazioni come indipendenti e, quindi, soggette a due pretese restitutorie (*condictiones*, secondo la terminologia romana) indipendenti l'una dall'altra.

Nel nostro ordinamento, si rinviene qualche conferma del fatto che, intervenuta la risoluzione del contratto, le obbligazioni che continuano a gravare sulle parti rimangono astrette da un nesso di sinallagmaticità e non divengono, all'opposto, ob-

a) nel fatto che ciascuna parte può rifiutare di adempiere la propria obbligazione se la controparte non adempia a sua volta;

b) nel fatto che, in caso di impossibilità della restituzione da parte di uno dei contraenti, l'oggetto dell'obbligazione dell'altro si determina depurando la prestazione possibile del valore di quella non più possibile.

Questa concezione è stata sviluppata, nella giurisprudenza tedesca, già dal *Reichsgericht* (Corte Suprema dell'Impero) e a tutt'oggi applicata dal *Bundesgerichtshof*.

La *Saldotheorie* si comprende, in particolare, inquadrandola nel contesto normativo del § 818 III BGB, secondo cui l'obbligazione restitutoria presuppone la permanenza dell'arricchimento; se questo viene meno, allora si svuota la stessa obbligazione restitutoria. Nel caso di contratti a prestazioni corrispettive, la *Saldotheorie* introduce un'eccezione, nel senso, cioè, che il venire meno dell'arricchimento incide anche sulla permanenza del (contro)credito restitutorio dell'arricchito.

Attraverso la *Saldotheorie*, dunque, il vincolo sinallagmatico tra le prestazioni si mantiene operativo anche con riferimento alle obbligazioni restitutorie: questo implica che, anche nel caso in cui il contratto dovesse essere o divenire inefficace, l'attuazione delle prestazioni e l'eventuale distruzione o consumazione delle stesse, lasceranno comunque in essere un rapporto sinallagmatico basato sui valori scambiati; le restituzioni saranno regolate conteggiando i valori delle prestazioni eseguite ed imponendo a colui che rimane con il saldo positivo di corrisponderlo alla controparte.

La *Saldotheorie* non si applica sempre: per esempio, se il contratto è il risultato di una frode, allora si ritiene che essa non possa trovare ingresso. Per converso, essa non distingue a seconda delle ragioni che possano, in concreto, impedire la restituzione specifica di quanto ricevuto (se, cioè, il bene sia andato accidentalmente distrutto, oppure sia stato ceduto a terzi allorquando l'accipiens già sapeva che avrebbe verosimilmente dovuto restituire il bene).

⁴¹ A. Di Majo, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*, nota a Trib. Roma 1 luglio 2004, in *Corriere Giuridico*, 2004, pag. 1506.

bligazioni isolate da riguardare solo nella loro individualità; così, in materia di affitto di fondi rustici, la L. 11 febbraio 1971 n. 11 prevede che l'affittuario abbia diritto ad un'indennità per i miglioramenti che può essere fatto valere anche in caso di risoluzione anticipata del contratto e che consente di rifiutare la restituzione del bene sino a quando non sia stato adempiuto⁴².

Nel senso che le prestazioni restitutorie reciproche si mantengano collegate nonostante la risoluzione del contratto, si esprime anche la dottrina, che ammette la possibilità di eccepire l'inadempimento dell'obbligazione restitutoria altrui per giustificare il rifiuto di adempiere la propria, fondandola anche sul dovere di buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.)⁴³.

L'esame della materia ci conduce, quindi, alla possibilità di evidenziarne il tratto più chiaramente caratterizzante: nonostante la tradizionale affermazione secondo cui, risolto il contratto, esso esce di scena, lasciando l'interprete solamente di fronte a prestazioni rese in assenza di giustificazione causale e tali, dunque, da dover essere restituite, in realtà la relazione post-contrattuale è ancora dominata dal contratto, come è fatto palese già dal semplice dato per cui la risoluzione non elide la responsabilità del debitore inadempiente estesa sino a ricomprendere il complesso dei vantaggi che sarebbero derivati da un regolare adempimento.

Questa estensione degli effetti del contratto oltre la sua risoluzione giustifica, nella prospettiva della dottrina più attenta⁴⁴, l'affermazione secondo cui le parti del rapporto, ai fini delle restituzioni, debbono essere poste su un piano di eguaglianza, dato che la differenziazione del loro trattamento deve essere integralmente affidata alle norme sul risarcimento del danno. Si tratta di un'affermazione di grande importanza: infatti, la disciplina dell'indebito, con la propria articolazione in funzione

⁴² «Ai sensi dell'art. 15, l. 11 febbraio 1971 n. 11, l'affittuario di fondo rustico, che abbia eseguito miglioramenti, può agire contro il concedente, entro un anno dalla cessazione del contratto, per ottenere il pagamento di un indennizzo, nonché il riconoscimento del diritto alla ritenzione del fondo, fino al soddisfacimento del relativo credito. Il "dies a quo" dell'indicato termine annuale, ove il contratto sia stato giudizialmente risolto per inadempimento, deve individuarsi nel passaggio in giudicato della relativa pronuncia, in quanto essa, ancorché retroattiva fra le parti in ordine agli effetti patrimoniali del contratto, ha natura costitutiva e produce "ex nunc" lo scioglimento del rapporto. L'affittuario di fondo rustico, qualora sia convenuto in giudizio dal concedente per la risoluzione per inadempimento del contratto e per il conseguente rilascio del fondo, può agire per far valere il diritto ad indennizzo per i miglioramenti, nonché il diritto alla ritenzione dell'immobile fino al soddisfacimento del relativo credito, tanto in via riconvenzionale, nell'ambito del giudizio di risoluzione, quanto in via autonoma, in separato giudizio. In questa seconda ipotesi, entrambi gli indicati diritti dell'affittuario non possono rimanere preclusi dal passaggio in giudicato della sentenza che accolga la domanda di risoluzione del concedente, e conseguentemente ordini il rilascio del fondo, in quanto fra detto giudicato ed i diritti in questione non è ravvisabile alcuna connessione o legame» (Cass., 20 maggio 1976, n. 1815, in *Juris Data DVD*).

⁴³ P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pag. 73.

⁴⁴ A. Luminoso, *Risarcimento e restituzioni*, in A. Luminoso, U. Carnevali, M. Costanza, *Risoluzione per inadempimento*, I, 1, in Galgano Francesco (cur.), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna – Roma, 1990, pagg. 405 ss.

dello stato soggettivo dell'*accipiens*, ingloba una funzione sanzionatoria (o latamente risarcitoria) che è del tutto priva di ragion d'essere in un ambito, come quello qui analizzato, in cui esiste uno strumento specificamente dedicato a gestire la tematica della responsabilità conseguente alla crisi del rapporto.

Il trattamento delle prestazioni restitutorie, pertanto, deve essere depurato delle proprie componenti risarcitorie, in modo da evitare che la sanzione dell'inadempimento venga gestita nel concorso di due diversi gruppi di norme (quelle sull'indebito ricevuto da un accipiens di mala fede e quelle sulla responsabilità da inadempimento), il cui coordinamento darebbe luogo a difficoltà notevoli.

*

L'analisi svolta permette, quindi, di articolare alcune osservazioni in merito al regime giuridico delle obbligazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione del contratto per inadempimento.

Gli approfondimenti dottrinali e gli orientamenti giurisprudenziali non confermano la regola della semplice applicabilità della disciplina sulla ripetizione dell'indebito: questa, infatti, ha, quale proprio referente fattuale (e, quindi, ideale), il caso della prestazione isolata eseguita in assenza di una ragione giustificatrice (causa o titolo), laddove la prestazione resa in base a contratto poi risolto non trova in questa realtà un adeguato modello.

Inoltre, la prestazione resa in base a contratto poi risolto trova nel sinallagma contrattuale un legame con altre prestazioni che spiega, secondo orientamenti condivisi anche a livello uniforme, la propria rilevanza anche nella relazione postcontrattuale.

Già questi elementi mostrano chiaramente la necessità di elaborare la disciplina sulle restituzioni da risoluzione contrattuale, valorizzando profili di specificità che, entro le norme sull'indebito, non spiegano rilevanza.

L'art. 1458 c.c., in questo senso, indica un principio di retroattività che domina la materia, ma che deve essere coordinato con le ulteriori direttive appena viste e che può altresì avvalersi di riferimenti normativi tratti dalle norme sull'indebito, con la consapevolezza, però, che la loro applicazione dipenderà sempre da una riflessione in termini di opportunità, cioè di compatibilità con le specificità che dominano allorquando l'indebito si colleghi al venir meno di un precedente rapporto che rendeva giuridicamente dovuto quanto eseguito⁴⁵.

⁴⁵ In arg., v., tra i più recenti orientamenti diretti a sostenere la peculiarità delle restituzioni contrattuali, argomentandone la connessione funzionale con il rimedio primario (l'invalidità o la risoluzione del contratto), E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit.

II.B. Restituzione di cosa determinata

ABSTRACT:

«L'A. analizza l'ipotesi in cui, in costanza di rapporto, si sia avuto il trasferimento della titolarità e del possesso di un bene.

Si considera, al riguardo, l'ipotesi che il bene in questione non possa essere restituito per eventi che non siano addebitabili all'originario disponente. Ci si domanda quale sia la disciplina giuridica applicabile alla restituzione del bene ormai perito.

Se obbligato alla restituzione sia il contraente inadempiente, la disciplina applicabile non è quella dell'art. 2037 c.c.

Se accipiens sia stato, invece, il contraente fedele, sorge il problema specifico di stabilire se l'impossibilità della restituzione sia o meno ostativa della stessa possibilità di domandare la risoluzione: questione sulla quale il legislatore si è pronunciato con la disposizione dell'art. 1492 c.c.; l'A., sul punto, formula la regola secondo cui, tra il ricorso alla disciplina contrattuale o a quella quasi contrattuale, debba essere preferito il primo in tutti i casi in cui il contratto si riveli una fonte affidabile per ricavare il valore che le parti hanno inteso attribuire alle reciproche prestazioni. La sostituzione dei valori convenzionali con valori di mercato è, quindi, in linea di massima, da considerare come inopportuna.

Viene, poi, analizzato il caso in cui il bene non perisca, ma subisca altri tipi di vicenda economica (es., trasformazione): anche in questa eventualità, la disciplina applicabile non è quella sull'indebito».

Se, per effetto del contratto, si è avuto il trasferimento di una cosa determinata da una parte all'altra, la risoluzione comporta:

- a) il riacquisto automatico della proprietà in capo al disponente;
- b) l'obbligo di restituzione del bene, in modo da ricostituire la situazione possessoria in capo al disponente.

Intervenuta la risoluzione, la prestazione restitutoria deve essere adempiuta nei confronti della controparte contrattuale o, alternativamente, nei confronti del soggetto che la controparte contrattuale abbia indicato. Non ha invece rilevanza la circostanza per cui l'originario disponente abbia *medio tempore* perduto il titolo in forza del quale aveva disposto del bene: così, supponiamo che la Società Alfa conceda in leasing un immobile a Tizio, il quale stipuli un contratto di locazione con Caio. Supponiamo, ora, che si risolva, per inadempimento di Tizio, il contratto di leasing: poiché la posizione di Caio è derivata da quella di Tizio, si risolve anche il contratto tra loro intercorrente, con la conseguenza che Caio deve procedere alla restituzione del bene: ai fini dell'adempimento dell'obbligazione restitutoria non ha alcuna rilevanza il fatto che Tizio, a causa della risoluzione del leasing, abbia perduto il titolo in forza del quale aveva concesso in sublocazione; il bene deve essere restituito a lui.

Naturalmente, l'adempimento dell'obbligazione restitutoria può incontrare ostacoli: può darsi, ad esempio, che il bene sia perito, oppure che abbia formato oggetto di atti

giuridici tali da determinare un acquisto non reversibile in capo ad un terzo, oppure ancora che sia stato impiegato in modi incompatibili con una sua restituzione specifica.

Nessun problema sorge nel caso in cui il bene sia perito a causa di vizi⁴⁶: così, se Tizio aliena a Caio un elettrodomestico che va distrutto a causa di un difetto del motore elettrico, Caio potrà senz'altro domandare la risoluzione e liberarsi riconsegnando l'oggetto ormai inservibile, ottenendo, per converso, la restituzione dell'intero prezzo pagato.

Diverso è il caso in cui la prestazione restitutoria non possa essere adempiuta a causa di iniziative assunte dal contraente; questi potrebbe aver consumato il bene, oppure averlo alienato a terzi; ancora, può capitare che il bene sia andato distrutto per caso fortuito.

La prestazione restitutoria potrà allora unicamente essere adempiuta per equivalente, attuandosi la sostituzione della *res* con il *tantundem*; sul punto, una disciplina di riferimento è costituita dall'art. 2037 c.c., a mente del quale: «*chi ha ricevuto indebitamente una cosa determinata è tenuto a restituirla. Se la cosa è perita, anche per caso fortuito, chi l'ha ricevuta in mala fede è tenuto a corrisponderne il valore; se la cosa è soltanto deteriorata, colui che l'ha data può chiedere l'equivalente, oppure la restituzione e un'indennità per la diminuzione di valore. Chi ha ricevuto la cosa in buona fede non risponde del perimento o del deterioramento di essa, ancorché dipenda da fatto proprio, se non nei limiti del suo arricchimento*».

La traduzione del bene nel suo valore si attua sicuramente ove esso debba essere restituito dal contraente inadempiente nei confronti di quello adempiente: la disciplina di riferimento, però, non è costituita dall'art. 2037 c.c., che imporrebbe di restituire solamente l'arricchimento conseguito, salvo il caso in cui l'accipiens fosse stato in (effettiva) mala fede nel momento di ricezione della prestazione. Occorre, allora, fare riferimento ad una nozione forte di retroattività, che imponga, al di là dell'esame dello stato soggettivo, la restituzione di un valore corrispondente a quello della prestazione ricevuta, escludendo che le vicende successive, prodottesi allorché il risultato utile della prestazione apparteneva alla sfera giuridica ed economica dell'accipiens, possa comportare una riduzione del suo debito restitutorio⁴⁷.

Sorge, invece, un problema nel caso opposto: si tratta, cioè, di stabilire se la regola indicata debba applicarsi anche ove le vicende qui considerate abbiano riguardato

⁴⁶ A. Luminoso, *La compravendita*, V ed., Giappichelli, Torino, 2007, pag. 277.

⁴⁷ «*In tema di risoluzione del contratto per inadempimento, il diritto della parte adempiente al ripristino retroattivo delle proprie posizioni comporta, ove la parte inadempiente non sia in grado di restituire il bene ricevuto, oppure questo sia diminuito di valore dopo l'epoca della stipulazione del contratto stesso, che deve riconoscersi a detta parte adempiente la facoltà di reclamare una somma corrispondente al più alto valore della cosa all'indicata epoca, al fine della ricostituzione della sua situazione patrimoniale nell'originaria consistenza*» (Cass., 14 agosto 1992, n. 9579, in *Juris Data DVD*).

la *res* ottenuta dal contraente fedele, il quale, a causa di inadempienze della controparte, desidera la risoluzione del contratto. La questione è stata affrontata dal legislatore, con riferimento alla compravendita. L'art. 1492 c.c., dettato con riferimento alla garanzia per vizi nella compravendita, prevede, al terzo comma, che «*se la cosa consegnata è perita in conseguenza dei vizi, il compratore ha diritto alla risoluzione del contratto; se invece è perita per caso fortuito o per colpa del compratore, o se questi l'ha alienata o trasformata, egli non può domandare che la riduzione del prezzo*». Dunque, se il compratore non è in grado di restituire, perde la stessa possibilità di domandare la risoluzione. Ci si domanda se tale previsione abbia portata specifica, ovvero generale, risultando allora applicabile anche al di fuori della compravendita, in tutti i casi in cui il bene oggetto del contratto poi risolto abbia subito il tipo di evento considerato dall'art. 1492 comma 3 c.c.

Si è visto come la disciplina generale della risoluzione del contratto per inadempimento sia il frutto di un'elaborazione sostanzialmente recente, innestata su una tradizionale soluzione del problema basata sulla configurazione di una condizione risolutiva tacita (fittiziamente) inclusa nei contratti a prestazioni corrispettive, volta a tutelare il contraente fedele in caso di disfunzione del sinallagma. È noto come questa disciplina non sia stata armonizzata con quella, concorrente e dotata di una lunghissima tradizione, costituita dalla *actio redhibitoria*, entro la quale si è affermato il principio della non fruibilità del rimedio, ove lo stesso non possa, in concreto, accompagnarsi alla ricostituzione dello *status quo ante*. Soluzione che mette bene in luce la funzione prima del rimedio risolutorio, come strumento diretto alla ritrazione delle parti nello stato (fattuale) anteriore rispetto al momento della stipulazione.

Sul problema del significato da attribuire alla norma ricordata, l'atteggiamento della giurisprudenza non è semplice da tratteggiare. La linea maestra sembra la seguente: «*a differenza dell'ipotesi disciplinata dall'art. 1492, ultimo comma, c.c. per l'azione di garanzia, nel caso in cui la cosa consegnata sia perita per caso fortuito o per colpa del compratore ovvero sia stata da questi venduta o trasformata, nella ipotesi di ordinaria azione contrattuale, il perimento della cosa non esclude la risolubilità del contratto, con la diversa conseguenza che in luogo della restituzione materiale dell'oggetto, dovrà essere disposto il pagamento del suo equivalente pecuniario*»⁴⁸.

⁴⁸ Cass., 5 agosto 1988, n. 4849, in *Juris Data DVD*. In senso conforme: «*la materiale impossibilità (nella specie: per interitus rei) di specifica reintegrazione delle posizioni giuridiche anteriori al contratto, di per sé sola non pregiudica l'esperibilità ed il favorevole esito dell'azione di risoluzione per inadempimento o per altra causa, potendo essa comportare soltanto che la reintegrazione patrimoniale avvenga per equivalente pecuniario, secondo il principio pretium succedit in locum rei*» (Cass., 15 maggio 1996, n. 4498, in *Juris Data DVD*). «*La naturale impossibilità della reintegrazione specifica delle posizioni giuridiche anteriori al contratto dovuta al perimento della res non è ostativa alla esperibilità dell'azione di risoluzione per inadempimento, ma comporta esclusivamente l'obbligo, per il giudicante che dichiara la risoluzione contrattuale, di pronunciare sentenza di reintegrazione patrimoniale per equivalente pecuniario, in base al principio "pretium succedit in locum rei"*» (Cass., 20 ottobre 1997, n. 10256, in

Dunque, sembra che venga accolto un principio di specialità, in forza del quale l'art. 1492, comma 3, c.c. dovrebbe applicarsi solamente in tema di garanzia nella compravendita, dovendo trovare applicazione, al di fuori di tale ambito, la regola generale, implicita nell'art. 1458 c.c., che vede nelle restituzioni, anziché un effetto la cui possibilità debba essere integrata nella fattispecie risolutoria, un semplice effetto conseguente alla risoluzione, la cui possibilità concreta è inidonea a reagire (a monte) sull'accessibilità del rimedio.

In realtà, rispetto a questo inquadramento, si notano atteggiamenti in controtendenza⁴⁹:

- a) l'applicazione dell'art. 1492, comma 3, c.c. anche a contratti diversi dalla compravendita⁵⁰;
- b) l'applicazione della norma anche all'*aliud pro alio*, figura di inattuazione della compravendita assoggettata, secondo l'interpretazione dominante, al disposto dell'art. 1453 c.c. (e quindi estranea alla disciplina speciale dettata dal legislatore con riferimento alla garanzia nella vendita)⁵¹.

Sul punto, in dottrina si fa leva sulla collocazione dell'art. 1492, comma 3, c.c., per inferirne che, in caso di risoluzione di un contratto diverso dalla compravendita, la regola debba essere differente. A sostegno, si osserva come le obbligazioni restitutorie sorgano a valle della risoluzione del contratto, sicché appare difficile ammettere che la loro possibilità di attuazione debba riflettersi, a monte, sulla stessa esperibilità del rimedio risolutorio⁵². Conseguentemente, si ritiene che debba trovare applicazione la

Juris Data DVD; v. anche Cass., 15 maggio 1996, n. 4498, in *Juris Data DVD*; Cass., 20 marzo 1989, n. 1391, in *Giust. civ.* 1989, I, pagg. 2436 ss.; Cass., 23 giugno 1982, n. 3827, in *Juris Data DVD*).

⁴⁹ In arg., v. E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, cit., pagg. 130 ss.

⁵⁰ «Nell'ipotesi che la cosa presenti vizi, secondo quanto dispone l'art. 1492 c.c., sono attribuiti al venditore due rimedi, l'azione di risoluzione e quella di riduzione del prezzo, ma la prima resta esclusa tutte le volte in cui la restituzione sia diventata impossibile essendo la cosa "perita per caso fortuito o per colpa del compratore o se questi l'ha alienata o trasformata". Ed è pacifico che tale situazione si verifica allorché la restituzione non sia più possibile, non soltanto per effetto dell'alienazione o trasformazione della cosa, ma anche a causa dell'espropriazione, dello smarrimento, della consumazione o della sua messa "extra commercium". Analoga situazione si verifica nel caso del perimento, del deterioramento della cosa, o della modificazione della sua consistenza da parte dell'acquirente. Nel quadro dei fattori preclusivi dell'azione di risoluzione di cui all'art. 1492 c.c., può farsi rientrare anche il comportamento del compratore il quale, accettando il bene pur nella consapevolezza del vizio, esprime in tal modo la volontà di rinunciare alla maggior tutela derivante dall'esercizio dell'azione di risoluzione» (Cass., 4 aprile 1998, n. 3500, in *Giur. it.* 1999, pagg. 258 ss.).

⁵¹ «La norma dell'art. 1492 c.c., che esclude la risoluzione del contratto, fra l'altro, nel caso di trasformazione della cosa da parte dell'acquirente, pur essendo espressamente dettata solo in tema di vizi redibitori (art. 1490 c.c.), è applicabile, per la sua portata generale, anche alla vendita di cosa non avente le qualità promesse o essenziali all'uso cui è destinata (art. 1497 c.c.) nonché alla vendita di *aliud pro alio*, che è ravvisabile nella vendita di immobile destinato ad abitazione che non possa essere dichiarato abitabile o comunque privo della dichiarazione di abitabilità, caratterizzando l'immobile in relazione alla sua intrinseca capacità di soddisfare le esigenze abitative dell'acquirente» (Cass., 23 gennaio 1988, n. 521, in *Juris Data DVD*).

⁵² R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, cit., pag. 651.

regola per cui “*pretium succedit in locum rei*” e che pertanto la parte sia obbligata a restituire il *tantundem* del bene che non possa essere restituito in natura⁵³.

La questione richiede un approfondimento.

Ove la prestazione ricevuta non possa essere restituita in natura e si debba quindi procedere alla sua sostituzione con il *tantundem*, il rimedio risolutorio viene a svolgere una funzione assai diversa rispetto a quella che il legislatore sembra avergli assegnato: non si tratta infatti più di “smontare” l’operazione economica originariamente programmata, riconducendo le parti nello *status quo ante*, da intendere in senso naturalistico; piuttosto, l’attuazione delle obbligazioni restitutorie finisce per condurre le parti in una posizione diversa da quella precontrattuale e diversa altresì da quella che sarebbe derivata dall’attuazione del contratto. In altri termini, la relazione economica pattizia viene sostituita con una relazione economica legale, basata sulla misurazione dell’arricchimento (o dei valori di mercato), anziché sul riferimento al rapporto di cambio tra prestazioni che le parti avevano convenuto. Per rendere più chiaro il discorso, supponiamo che A venda a B il bene X per 100; la risoluzione ha per fine di far riacquistare ad A il medesimo bene X; la regola della sostituibilità del bene con il suo valore conduce a far sì che il bene X rimanga a vantaggio di B (dal quale è stato utilizzato od alienato) e che A consegua una restituzione commisurata al “valore”, che può corrispondere ad un importo superiore od inferiore rispetto al prezzo contrattuale: questo, però, significa che la vendita originaria è stata sostituita da un’operazione a contenuto legale che ha comportato il trasferimento del bene contro il pagamento di un importo diverso da quello voluto dalle parti.

A me sembra, invece, che, in tutti i casi in cui il contratto si riveli una fonte affidabile per disciplinare lo scambio⁵⁴, ci si debba su di esso basare, escludendone la

In dottrina, però, si è osservato, in senso diverso, come la regola dell’art. 1492, comma 3, c.c. si giustifichi non in ragione del fatto che l’impossibilità di adempiere specificamente l’obbligazione restitutoria si rifletta, a monte, nell’indisponibilità del rimedio dal quale dovrebbe derivare l’obbligazione che non si può adempiere, ma in ragione dell’applicazione del principio *res perit domino* (A. Luminoso, *La compravendita*, cit., pag. 277); poiché la consumazione del bene ne determina il perimento e poiché tale perimento si produce allorquando il contratto è ancora efficace, la regola *res perit domino* dovrebbe prevalere su quella di retroattività. La spiegazione non appare convincente: la consumazione del bene non è affatto incompatibile con l’insorgenza di un’obbligazione avente ad oggetto il *tantundem*.

⁵³ «In generale, l’impossibilità di restituire la prestazione ricevuta non ostacola la risoluzione. Se, risolto l’atto traslativo, il bene trasferito non può essere restituito perché alienato, trasformato o distrutto, si restituisce l’equivalente in denaro; se la prestazione non è materialmente restituibile perché è un servizio reso, si applica la disciplina dell’arricchimento. Solo in casi particolari la risoluzione è preclusa: quando lo dispone una norma ad hoc (come l’art. 1492, comma 3, c.c. ...); oppure quando l’impossibilità di restituire dipende da un atto del legittimato, che valga rinuncia alla risoluzione» (V. Roppo, *Il contratto*, cit., pag. 948).

⁵⁴ Pertanto, il discorso non potrebbe essere replicato con riferimento a casi di annullabilità del contratto per vizio del consenso, dato che qui il regolamento negoziale non si rivelerebbe una fonte affidabile per determinare il rapporto di scambio tra le due prestazioni.

sostituzione con riferimenti diversi agli arricchimenti reciproci (o ai valori di mercato dei beni): al riguardo, è bene tenere presente che l'inadempimento (che dà causa alla risoluzione) non induce in alcun modo a ritenere che la determinazione convenzionale del contenuto del contratto non fosse il frutto di una genuina e ponderata volizione; pertanto, la sostituzione del saggio di scambio convenzionale tra le due prestazioni con un criterio diverso di misurazione si rivela operazione arbitraria che correttamente il legislatore, in sede di disciplina della compravendita, ha ritenuto di escludere, ferma naturalmente la correzione degli effetti dell'inadempimento attraverso il ricorso alla alternativa tecnica della riduzione del prezzo ed alla (concorrente) responsabilità risarcitoria. D'altra parte, è lo stesso legislatore che, anche in alcuni altri casi, ha mostrato di preferire il riferimento alla *lex contractus*, anziché il ricorso a parametri diversi. Così, in materia di locazione, il ritardo nella restituzione del bene, successivamente alla risoluzione, obbliga al pagamento del canone pattizio e non al sostitutivo versamento di un ammontare commisurato agli arricchimenti conseguiti (o al valore locatizio corrente).

Dunque, in caso di impossibilità della restituzione dipendente da fatto dell'*accipiens*, la regola stabilita dall'art. 1492, comma 3, c.c. appare preferibile, rispetto all'alternativa della sostituzione dei criteri contrattuali con altri parametrati al valore obiettivo della prestazione. Il modello dell'azione di riduzione indica l'opportunità di un adeguamento delle prestazioni originariamente promesse a quanto ha concretamente trovato attuazione, ma sempre sulla base dei valori convenuti e non attraverso la loro sostituzione.

La tesi contraria, peraltro, è temperata, da parte dei suoi sostenitori, osservando come la risoluzione resterebbe comunque preclusa in tutti i casi in cui l'impiego del bene da parte dell'*accipiens* manifesti, anche implicitamente, l'intenzione di rinunciare al rimedio risolutorio (in applicazione del divieto di *venire contra factum proprium*)⁵⁵. In tal modo, si attuerebbe un importante avvicinamento tra la soluzione proposta per l'inadempimento in generale e quella concretamente praticata dalla giurisprudenza in materia di vendita, dato l'orientamento per cui l'art. 1492, comma 3, c.c. non troverebbe applicazione se non nei casi in cui l'utilizzo del bene da parte del compratore manifesti l'intenzione implicita di rinunciare al rimedio risolutorio⁵⁶.

*

⁵⁵ P. Gallo, *Trattato del contratto*, 3, I rimedi. La fiducia. L'apparenza, cit., pag. 2214.

In giurisprudenza è stato stabilito che «la domanda di risoluzione per inadempimento di un contratto di compravendita non trova accoglimento se, successivamente alla proposizione della stessa, la cosa, nel possesso del compratore, perisce senza che questi fornisca la prova del caso fortuito» (Cass., 8 novembre 1991, n. 11892, in Foro it. 1992, I, pagg. 2459 ss. e in Giur. it. 1992, I, 1, pagg. 1982 ss.).

⁵⁶ «Ai sensi dell'art. 1492, comma 3, c.c., l'alienazione o la trasformazione della cosa viziata, di per sé, non è suffi-

In caso di perimento del bene, come si è visto, lo stesso viene sostituito con un valore pecuniario, salve le precisazioni svolte con riferimento all'ipotesi in cui l'impossibilità della restituzione si riveli ostativa alla stessa risoluzione del contratto; in caso di deterioramento, il bene deve essere restituito e rimane il problema di stabilire la misura pecuniaria della sua variazione di valore. Se, invece, il bene non è andato distrutto, ma ha subito altri tipi di vicende economiche, che ne hanno importato la trasformazione, non trova applicazione la disciplina dell'indebito: essa, tra l'altro, non saprebbe risolvere il problema della attribuzione della proprietà del bene ad un soggetto diverso rispetto all'originario proprietario.

La disciplina può, quindi, articolarsi ulteriormente: in questo senso, possono trovare applicazione le norme in tema di accessione, specificazione, unione e commistione dettate negli artt. 934 ss. c.c.; si pensi, ad esempio, al caso in cui un componente venga acquistato e montato in un macchinario complesso; l'eventuale risoluzione del contratto di acquisto del componente in questione determina l'obbligazione di corrispondere il valore della cosa, secondo la previsione dell'art. 939, comma 2, c.c.; la conseguenza è che, sulla base di tale norma, non si applica il limite dell'arricchimento dell'*accipiens*, che, invece, viene valorizzato dall'art. 2037 c.c.

Il richiamo degli artt. 934 ss. c.c. richiede un ulteriore chiarimento. Supponiamo che tra due soggetti intervenga la compravendita di un terreno e che la stessa venga poi risolta per inadempimento di una delle due parti; supponiamo anche che, in costanza di contratto, siano state effettuate opere sul terreno, da parte dell'acquirente. In tal caso, viene in considerazione l'art. 936 c.c., relativo proprio all'effettuazione di opere da parte di un terzo con materiali propri su un terreno altrui⁵⁷. Trattandosi di piantagioni, costruzioni od opere, il proprietario «*deve pagare a sua scelta il valore dei materiali e il prezzo della mano d'opera oppure l'aumento di valore recato al fondo*»; non è invece consentito domandare che quanto fatto venga tolto a spese del terzo: l'art. 936 c.c. stabilisce, infatti, che «*il proprietario non può obbligare il terzo a togliere le piantagioni, costruzioni od opere, quando sono state fatte a sua scienza e senza opposizione o quando sono state fatte dal terzo in buona fede*». Il contratto, nonostante

ciente a precludere, al compratore, l'azione di risoluzione del contratto per vizi della cosa venduta, perché la regola dettata dalla predetta norma, che esclude la possibilità di chiedere la risoluzione nei casi di alienazione e di trasformazione della cosa, deve essere ricondotta non all'impossibilità di ripristino della situazione in cui le parti si trovavano al momento della conclusione del contratto, ma alla volontà dell'acquirente di accettare la cosa nonostante la presenza del vizio» (Cass., 15 gennaio 2001, n. 489, in Contratti, 2001, pagg. 645 ss., con nota di F. Besozzi, *Trasformazione della cosa compravenduta e azione di risoluzione del contratto*).

⁵⁷ «*Ai fini dell'art. 936 c.c., che disciplina le opere eseguite da un terzo con materiali propri su suolo altrui, deve considerarsi "terzo" colui il quale non abbia avuto alcun rapporto con il proprietario del suolo, onde tale qualità va riconosciuta anche all'occupante, di cui sia stato risolto il contratto che gli consentiva di costruire sul suolo o di eseguirvi miglioramenti, stante l'efficacia retroattiva della risoluzione tra le parti (art. 1458 c.c.)*» (Cass., 27 dicembre 1993, n. 12804, in Juris Data DVD; Cass., 3 giugno 1993, n. 6207, in Juris Data DVD).

la sua successiva risoluzione e la regola sulla retroattività della stessa, fa sì che le opere eseguite durante la sua vigenza debbano comunque essere considerate come realizzate senza opposizione del proprietario, con la conseguenza appena indicata.

Un'ultima osservazione si impone: la richiamata disciplina degli artt. 934 ss. non deve trovare applicazione allorquando l'attività costruttiva abbia costituito l'oggetto diretto delle prestazioni contrattualmente dovute: in tal caso si è in presenza di prestazioni di fare, rispetto alle quali varrà l'analisi che si propone nel seguente paragrafo.

*

Il caso in cui la prestazione resa non sia suscettibile di restituzione specifica è disciplinato sia nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, sia nei Principi Unidroit, sia, ancora, nel Draft Common Frame of Reference. Di seguito, si procede ad una sintetica esposizione del modo in cui questi testi hanno affrontato la tematica.

Quanto all'eventuale impossibilità di restituire in natura:

- A) in base alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili:
 - i) l'impossibilità di restituzione di quanto ricevuto impedisce al contraente fedele di ottenere la risoluzione (Conv. Vienna, art. 82: l'acquirente deve essere in grado di restituire le merci in uno stato pressoché identico a quello in cui le ha ricevute);
 - ii) questa limitazione si applica, in particolare, nei casi in cui l'impossibilità dipenda da atto od omissione dell'acquirente, dalla vendita, dalla consumazione o dalla trasformazione "in conformità all'uso normale";
- B) in base ai Principi UNIDROIT:
 - i) se la restituzione da parte del contraente fedele non è possibile per fatto imputabile all'altra parte, allora il contraente fedele non deve restituire nulla (Pr. Unidroit, art. 7.3.6);
 - ii) se la restituzione in natura non è possibile o appropriata, la parte è tenuta a dare l'equivalente in denaro, sempre che ciò sia ragionevole (Pr. Unidroit, art. 7.3.6);
- C) in base al Draft Common Frame of Reference:
 - i) «*to the extent that the benefit is not transferable it is to be returned by paying its value in accordance with III.-3:512*»
 - ii) l'art. III.-3:512 contiene la disciplina di dettaglio della materia, stabilendo che:
 - «(1) *The recipient is obliged to:*
pay the value (at the time of performance) of a benefit which is not transferable or which ceases to be transferable before the time when it is to be returned; and
pay recompense for any reduction in the value of a returnable benefit as a result of a change in the condition of the benefit between the time of receipt and the time when it is to be returned.

(2) *Where there was an agreed price the value of the benefit is that proportion of the price which the value of the actual performance bears to the value of the promised performance. Where no price was agreed the value of the benefit is the sum of money which a willing and capable provider and a willing and capable recipient, knowing of any non-conformity, would lawfully have agreed.*

(3) *The recipient's liability to pay the value of a benefit is reduced to the extent that as a result of a non-performance of an obligation owed by the other party to the recipient:*

the benefit cannot be returned in essentially the same condition as when it was received; or

the recipient is compelled without compensation either to dispose of it or to sustain a disadvantage in order to preserve it.

(4) *The recipient's liability to pay the value of a benefit is likewise reduced to the extent that it cannot be returned in the same condition as when it was received as a result of conduct of the recipient in the reasonable, but mistaken, belief that there was no non-conformity».*

La disciplina da ultimo riportata indica, quindi, la perdurante necessità, in caso di risoluzione, di fare riferimento ai corrispettivi contrattuali: dunque, non si attua una sostituzione della fonte, con conseguente applicazione delle regole proprie dei quasi contratti, ma si ha una ultrattività del contratto, quale fonte di riferimento (in termini di valori) anche per la disciplina della fase postcontrattuale.

II.C. Restituzioni e prestazioni di fare

ABSTRACT:

«L'esecuzione di una prestazione di fare, laddove successivamente si risolve il contratto che la giustificava, pone il problema di stabilire se la sua "restituzione" debba essere governata con le norme sull'indebito o con quelle sull'arricchimento senza causa. Più ancora: sorge il problema di stabilire se abbia diritto alla restituzione della controprestazione la parte che abbia fruito di una prestazione di fare (ancorché inesatta) che non sia ovviamente in grado di restituire in natura.

I temi indicati vengono analizzati alla luce del criterio individuato, secondo cui la risoluzione non deve risolversi in una tecnica per sostituire lo scambio basato sui valori convenzionali stabiliti dalle parti, con uno scambio basato su valori di mercato. Le limitazioni nella possibilità di risolvere i contratti che abbiano ad oggetto prestazioni di fare (art. 1668 c.c.) debbono essere letti e compresi nell'anzidetta prospettiva. Questa, inoltre, trova conferma nell'orientamento della giurisprudenza volto ad applicare i criteri convenzionali nella determinazione del valore delle prestazioni eseguite nell'ambito di un contratto di appalto poi risolto per inadempimento».

Come si è già avuto modo di ricordare, il carattere indebito della prestazione di fare solleva problemi speciali rispetto a quella di dare. Mentre quest'ultima può es-

sere normalmente restituita in forma specifica e, in caso opposto, offre, con il valore della *res*, un termine di riferimento piuttosto chiaro, la prestazione di fare mostra maggiori profili di ambiguità.

L'attuazione della prestazione di fare, in primo luogo, si presta ad essere riportata sia al modello dell'indebito (leggendo in senso ampliativo il termine "pagamento", considerandolo come semplice sinonimo di "adempimento"), sia a quello dell'arricchimento senza causa: e sorge allora il problema di stabilire quale di essi debba essere preferito, atteso che le due discipline presentano rilevanti differenze.

In secondo luogo, la prestazione di fare, ove eseguita (ancorché difettosamente) costituisce la più tipica ipotesi in cui non è attuabile una vera e propria ricostituzione dello *status quo ante*, che dovrebbe costituire la finalità precipua del rimedio risolutorio. Conviene, allora, prendere le mosse da questo secondo problema, per poi affrontare quello relativo alla determinazione del contenuto della prestazione restitutoria conseguente alla risoluzione.

L'inadempimento dell'obbligazione può assumere forme assai differenziate: include l'inadempimento assoluto e definitivo, l'inadempimento temporaneo (ritardo), l'adempimento inesatto (quantitativamente o qualitativamente).

L'inadempimento della prestazione di fare mostra alcune particolarità proprio con riguardo al caso in cui la prestazione sia stata inesattamente adempiuta: si pensi all'ipotesi in cui un'attività medica sia stata svolta, ma con gravi negligenze. Il problema è quello di stabilire se il paziente abbia effettivamente la possibilità di avvalersi del rimedio risolutorio e di ottenere la restituzione del denaro da lui corrisposto per la (negligente) attività del professionista.

Al quesito ha risposto negativamente la giurisprudenza di merito, facendo applicazione dell'idea delle obbligazioni restitutorie come "sinallagma rovesciato" e rilevando che, non potendo formare oggetto di restituzione la prestazione medica, del pari non può formare oggetto di restituzione neppure la correlativa prestazione pecuniaria⁵⁸. Dunque, in caso di adempimento difettoso (nel caso di specie, si trattava di trattamento odontoiatrico), il contraente fedele ha diritto alla riduzione del prezzo ed al risarcimento del danno, ma non, *sic et simpliciter*, alla restituzione del corrispettivo pagato, dato che egli non potrebbe restituire la prestazione medica ricevuta. Discorso diverso va naturalmente fatto nel caso di inadempimento totale: qui si ha senz'altro diritto alla restituzione di quanto corrisposto; in via collegata, però, i due casi andranno trattati in maniera differenziata anche dal punto di vista della prestazione risarcitoria: in caso

⁵⁸ «Le obbligazioni contrattuali restitutorie sono obbligazioni con segno invertito governate dal principio di corresponsività e, pertanto, quando una delle due prestazioni è ontologicamente irripetibile (com'è la prestazione professionale resa dal medico), il corrispettivo pecuniario versato dalla controparte è anch'esso irripetibile, pena l'alterazione del vincolo sinallagmatico che governa le obbligazioni restitutorie» (Tribunale Roma, 28 luglio 2004, in *Corriere Giuridico*, 2004, pagg. 1503 ss.).

di adempimento inesatto, il contraente fedele avrà diritto al risarcimento integrale del danno; in caso di inadempimento totale, invece, la prestazione risarcitoria andrà ridotta in misura corrispondente a quanto ottenuto in via di restituzione⁵⁹.

Contro questa ricostruzione, si è rilevato che *«sorgono perplessità con riguardo alla irripetibilità di un compenso (anche cospicuo) a fronte di prestazione non solo inesatta ma anche dannosa per il creditore. (...) Dissolto con effetti retroattivi il contratto, quel compenso non trova più alcun supporto nel contratto venuto meno e ancor meno in una prestazione che ha peggiorato la condizione del creditore»*⁶⁰. Si deve però osservare che, come indica l'art. 1492, comma 3, c.c., la possibilità di effettuare la restituzione condiziona la possibilità di domandare la risoluzione; pertanto, se la prestazione di fare è stata eseguita, il contraente fedele non potrà inseguire semplicemente la restituzione del corrispettivo (dato che, come si è visto, non può restituire la prestazione medica ricevuta), ma avrà nondimeno accesso alla pretesa della riduzione del corrispettivo (in ragione del carattere viziato della prestazione medica). In tal modo, non si procederà alla sostituzione del titolo contrattuale con quello quasi contrattuale, ma si adatteranno gli effetti contrattuali voluti dalle parti al rapporto che in concreto ha avuto esecuzione.

La concreta attuazione del rapporto, con l'adempimento, sia pure difettoso, della prestazione di fare, appare costituire un ostacolo grave rispetto alla fruibilità del rimedio risolutorio: questo, infatti, ove attuato, non saprebbe conseguire il proprio scopo più immediato (la riconduzione allo *status quo ante*) in senso naturalistico e dovrebbe pervenirvi tramite una sostituzione delle prestazioni eseguite con il loro valore. Ma questo vale quanto dire che l'operazione economica programmata dalle parti viene sostituita con altra, in cui i valori scambiati sono rideterminati sulla base di parametri diversi rispetto a quelli dell'accordo.

Estremamente significativo, in questo senso, appare il disposto dell'art. 1668 c.c., che, con riguardo ai vizi ed alle difformità nell'opera appaltata (cioè nella più classica tra le prestazioni di fare) limita il rimedio della risoluzione al solo caso in cui essi *«sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione»*; in questa eventualità, dunque, la prestazione resa, siccome del tutto inidonea a procurare la soddisfazione attesa, può essere equiparata ad un adempimento mancato, fattispecie rispetto alla quale il rimedio risolutorio è sicuramente fruibile.

Un altro elemento deve essere considerato: si ipotizzi che la prestazione di fare sia consistita nella realizzazione di un bene, divenuto di proprietà del committente: il

⁵⁹ Naturalmente, se, in caso di inadempimento totale, l'attore agisce per la risoluzione ed il risarcimento del danno, l'accoglimento della domanda risarcitoria precluderà la successiva proposizione di una domanda restitutoria di quanto prestato.

⁶⁰ A. Di Majo, *La teoria del saldo e la irripetibilità delle prestazioni*, cit., pag. 1507.

mantenimento del contratto e la tutela di quest'ultimo attraverso le azioni di riduzione e di risarcimento del danno risolve, in via immediata, anche il problema della proprietà del bene, che resterà all'acquirente-committente; diversamente, ove si introduca il rimedio della risoluzione, resterà da risolvere il dubbio sull'appartenenza dell'opera realizzata. Si immagini, allora, che si tratti di opere eseguite sul fondo altrui: esse, per scelta legislativa, appartengono al proprietario del fondo nel quale sono incorporate; questo, però, significa che il proprietario deve pagare il valore dei materiali ed il prezzo della mano d'opera, oppure l'aumento di valore del fondo (art. 936 c.c.): e si è già visto, al riguardo, come, in caso di risoluzione, non possa considerarsi accessibile la strada della richiesta della rimozione delle opere. Si consideri, ancora, la disciplina dell'unione e commistione (art. 939 c.c.), ove, del pari, l'acquisto (necessario) della proprietà si accompagna all'obbligazione di pagare un indennizzo.

Se, quindi, come si è visto, l'esecuzione della prestazione di fare determina l'acquisto di un risultato in capo al contraente fedele insuscettibile di reversione, allora diviene assai discutibile l'opportunità di concedere un rimedio che ha, invece, nella ricostituzione naturalistica dello *status quo ante*, il proprio significato pregnante; mentre la sua tutela attraverso i rimedi dell'azione di riduzione e di quella risarcitoria appaiono adeguati rispetto allo scopo della preservazione dell'interesse che l'adempimento avrebbe dovuto soddisfare.

*

Si può ora prospettare il diverso caso in cui la prestazione di fare sia stata regolarmente adempiuta e sia rimasto invece inadempito il corrispettivo obbligo di pagamento del prezzo. Ci si domanda se il contraente fedele possa domandare la risoluzione e pretendere una valorizzazione dell'opera da lui svolta sulla base della disciplina dell'indebito, anziché del titolo contrattuale.

Sul punto, un orientamento giurisprudenziale risalente stabiliva che: «*in caso di risoluzione del contratto di appalto per inadempimento del committente, quest'ultimo, non potendo restituire l'opus parzialmente eseguito dall'appaltatore adempiente, è obbligato, per l'esigenza di reintegrare la situazione patrimoniale dell'altro contraente, a corrispondergli il valore venale dell'opus predetto con riferimento al momento della pronuncia di risoluzione, nella quale l'obbligo trova la sua fonte, e non con riferimento ai prezzi contrattuali delle opere eseguite (nella specie, i giudici del merito avevano accolto la domanda dell'appaltatore diretta ad ottenere la revisione dei prezzi contrattuali dei lavori eseguiti in relazione ai maggiori oneri derivanti dagli aumentati costi dei detti lavori)*»⁶¹.

⁶¹ Cass. 13 gennaio 1972 n. 106, in Mass. Giust. Civ., 1972. Negli stessi termini, v. già Cass. 4 luglio 1969 n. 2456, in Mass. Giust. Civ., 1969.

Oggi, diversamente, si è affermata l'idea della perdurante rilevanza del regolamento contrattuale, quale elemento al quale raccordare la determinazione del valore economico delle prestazioni non restituibili in natura: *«in tema di risoluzione del contratto di appalto, qualora la risoluzione consegua all'inadempimento del committente e non sia configurabile la restituzione in natura all'impresa appaltatrice della costruzione, parzialmente eseguita, il contenuto dell'obbligo restitutorio a carico della committente va determinato in relazione all'ammontare del corrispettivo originariamente pattuito, sulla cui base l'appaltatrice si è determinata a concludere il contratto, comprensivo dell'importo dovuto per revisione prezzi se pattiziamente previsto, che fa parte del corrispettivo pattuito»*⁶².

Si tratta di una soluzione del tutto condivisibile e pienamente conforme alla tesi già esposta, secondo cui il riferimento ai valori contrattuali deve rimanere fermo, tutte le volte in cui non vi sia una grave ragione che giustifichi la sostituzione delle valutazioni pattizie con il ricorso a parametri extraneoziali.

Se il contratto è lo strumento con il quale si dà vita ad un'operazione che modifica qualitativamente e quantitativamente due sfere giuridiche e patrimoniali, i rimedi giuridici debbono essere costruiti in modo da consentire al contraente fedele, alternativamente, di portare ad effetto l'operazione programmata o di ritornare (in senso pregnante e naturalistico) nella posizione che occupava prima di vincolarsi al contratto rimasto inadempito (ferma la pretesa risarcitoria rispetto al vantaggio mancato a causa dell'inadempimento). Non sembra invece corretto che la tutela si spinga sino a consentire una sostituzione dell'operazione economica voluta, con altra basata su valori economici diversi rispetto a quelli sui quali si è formato l'accordo.

II.D. Frutti, interessi, rivalutazione, miglioramenti ed addizioni

II.D.1. FRUTTI ED INTERESSI

ABSTRACT:

«Problema classico della materia, quello della disciplina applicabile a frutti ed interessi maturati successivamente all'adempimento della prestazione da restituire a causa della risoluzione, viene affrontato e risolto, nella presente ricerca, alla luce dei criteri della parità di trattamento delle due parti e dell'insorgenza del debito sin dal momento dell'adempimento la cui giustificazione sia successivamente venuta meno. Si tratta di soluzione che non si raccorda alla disciplina generale in tema di indebito e che viene condivisa dalla giurisprudenza prevalente.

Ulteriore direttiva che domina la materia è quella volta ad escludere il problema restitutorio qui esaminato laddove le prestazioni reciproche siano state, del pari reciprocamente, godute.

⁶² Cass., 15 gennaio 2007, n. 738, in Juris Data DVD; v. anche Cass., 24 maggio 2007, n. 12162, in Juris Data DVD.

La disciplina così ricostruita, infine, deve applicarsi ai frutti percepiti e non, invece, a quelli che si sarebbero potuti percepire con l'ordinaria diligenza: la regola dell'art. 1148 c.c. può applicarsi solamente a far data dal giorno della domanda».

Supponiamo che, in forza del contratto poi risolto, una parte abbia trasferito all'altra la disponibilità di un bene fruttifero: nelle ipotesi più ricorrenti, si tratta di denaro o di un immobile.

Da un punto di vista temporale, l'operazione si svolge attraverso alcune tappe facilmente schematizzabili:

- a) conclusione del contratto;
- b) esecuzione della prestazione;
- c) esecuzione (previa, coeva, successiva) della controprestazione: questa tappa può naturalmente mancare;
- d) avvio dell'iniziativa risolutoria (domanda giudiziale o, alternativamente, attivazione di uno strumento risolutorio stragiudiziale);
- e) conclusione dell'iniziativa risolutoria (normalmente: pronuncia della sentenza di risoluzione, dotata di carattere costitutivo e che, quindi, costituisce il vero "fatto" risolutorio del contratto).

Il legislatore semplifica questa sequenza ponendo la regola di retroattività, sicché la pronuncia di risoluzione travolge *ex tunc* la giustificazione dello spostamento patrimoniale, sin dal momento di sua attuazione. Questa constatazione, però, non elide la rilevanza della fase c) (come emerge chiaramente dalla disposizione sui contratti ad esecuzione continuata o periodica) e della fase d) (poiché, in questo momento, entrambe le parti prendono consapevolezza definitiva di aver ricevuto una prestazione che, se l'iniziativa è fondata, risulta priva di giustificazione causale). Si aggiunga, sul punto, come la pronuncia costitutiva (e) ritragga comunque i suoi effetti al momento antecedente (d): entrambi i contraenti, sin da tale momento, sanno che (in caso di accoglimento della domanda) dovranno provvedere alle restituzioni; inoltre, si è rilevato come, sia pure *ex post*, a far data da tale momento il debitore della prestazione restitutoria debba essere considerato in mora nell'adempimento⁶³.

La materia può astrattamente essere organizzata secondo direttrici differenti⁶⁴.

⁶³ «La costituzione in mora del conduttore – necessaria (art. 1219 c.c.) per gli obblighi risarcitori previsti dall'art. 1591 c.c. – si determina, sia nel caso di risoluzione giudiziale del contratto (art. 1458, comma 1 c.c.), sia nel caso di risoluzione di diritto (art. 1456 e 1457 c.c.), dalla data di proposizione della domanda, e non da quella del suo accoglimento, per il principio secondo il quale la durata del processo non può danneggiare l'attore» (Cass., 9 luglio 2009, n. 16110, in *Juris Data DVD*).

⁶⁴ Sulla materia, la disciplina contenuta nella Convenzione di Vienna del 1980 sulla vendita internazionale di beni mobili, nei Principi Unidroit e nel Draft Common Frame of Reference, può essere rappresentata come segue:

a) quanto ai frutti e agli interessi:
– la restituzione include i frutti e gli interessi sin dal momento del pagamento (Conv. Vienna, art. 84);

In primo luogo, si può fare ricorso alla disciplina sull'indebito, accogliendo la distinzione tra *accipiens* di buona e di mala fede (fatta artificiosamente coincidere con la contrapposizione tra contraente fedele e parte inadempiente), con la conseguenza che, ex art. 2033 c.c., il primo è tenuto a corrispondere frutti ed interessi a far data dal giorno della domanda, mentre il secondo vi è obbligato a far data dal momento della *acceptio*.

La soluzione indicata ha trovato espressione in giurisprudenza, con la differenziazione della posizione del contraente fedele, al quale è stato imposto di corrispondere gli interessi sulle somme ricevute, soltanto a far data dal giorno della domanda⁶⁵.

Così operando, però, oltre a far uso della già criticata sovrapposizione di due categorie dotate di senso disomogeneo, si finisce, come da più parti è stato rilevato, per caricare le prestazioni restitutorie di valenze sanzionatorie che, invece, sembra più corretto affidare al diverso corpo normativo dedicato al risarcimento del danno e, quindi, all'ordinario sistema sanzionatorio dell'inadempimento.

La soluzione consistente nel qualificare come *accipiens* di buona fede il contraente fedele mi sembra che produca uno svantaggio ulteriore. Supponiamo che il promittente venditore di un appartamento riceva un acconto sul prezzo di vendita e che l'acquirente, a causa di impotenza finanziaria, non sia poi in grado di acquistare effettivamente il bene. Secondo la tesi qui esaminata, il promittente venditore potrebbe decidere liberamente se e quando attivare il rimedio risolutorio ed il suo obbligo di corrispondere gli interessi inizierebbe ad aktualizarsi solamente dal momento della domanda: cioè, dal momento in cui il convenuto abbia chiesto, in via riconvenzionale, la restituzione dell'acconto corrisposto, per l'ipotesi di accoglimento della domanda di risoluzione. Sembra invero singolare che l'insorgenza del debito

– «the obligation to return a benefit extends to any natural or legal fruits received from the benefit» (DCFR, art. III.-3:510);

b) quanto all'uso fatto della cosa ricevuta: «the recipient is obliged to pay a reasonable amount for any use which the recipient makes of the benefit» (DCFR, art. III.-3:513).

La parte che ha sostenuto spese ragionevoli per preservare o mantenere la prestazione ricevuta ha diritto ad essere indennizzata (Pr. Unidroit, art. 7.3.6).

⁶⁵ «L'efficacia retroattiva della risoluzione del contratto per inadempimento (nella fattispecie trattavasi di prenotazione di alloggio in cooperativa edilizia) non comporta il maturare di interessi, sulle somme versate dall'una all'altra parte in esecuzione del contratto, a decorrere dalla data del versamento, atteso che il venir meno ex tunc del vincolo contrattuale rende privo di causa il pagamento già eseguito in forza del contratto successivamente risolto, ma appunto per questo impone di far capo ai principi sulla ripetizione dell'indebito per qualificare giuridicamente la pretesa volta ad ottenere la restituzione di quel pagamento; e, in materia di indebito oggettivo, ai sensi dell'art. 2033 c.c. il debito dell'*accipiens* – a meno che questi sia in mala fede – produce interessi solo a seguito della proposizione di un'apposita domanda giudiziale, non essendo sufficiente un qualsiasi atto di costituzione in mora del debitore, perché trova qui applicazione la tutela prevista per il possessore di buona fede – in senso oggettivo – dall'art. 1148 c.c., a norma del quale questi è obbligato a restituire i frutti soltanto dalla domanda giudiziale, alla cui data di proposizione retroagiscono gli effetti della sentenza» (Cass., 2 agosto 2006, n. 17558, in *Juris Data DVD*).

per interessi sia rimessa, di fatto, all'iniziativa dello stesso debitore, considerato che, se egli non propone la domanda di risoluzione, non determina il verificarsi dell'evento da cui dipende il sorgere dell'obbligazione restitutoria.

Una tecnica alternativa potrebbe passare dalla valorizzazione del carattere costitutivo della sentenza di risoluzione e, quindi, dal collegamento della nascita delle obbligazioni restitutorie a questo momento: in tal modo, però, si finisce per entrare in contraddizione con la logica sottesa al rimedio risolutorio; questo, infatti, travolge il contratto con effetto retroattivo e, quindi, cessa, sia pure ex post, di essere valido titolo giustificativo degli arricchimenti avvenuti in sua pendenza. Si supponga, allora, che il contraente fedele abbia ricevuto la controprestazione e ne abbia beneficiato per un determinato periodo di tempo, senza aver dovuto eseguire la propria controprestazione. Intervenuta la risoluzione (ad es., a causa di vizi che non abbiano inciso sull'utilità economica della prestazione ricevuta⁶⁶), egli si troverebbe ad aver conseguito un arricchimento, senza che lo stesso generi obbligazioni restitutorie e senza che esso assuma rilevanza attraverso il ricorso alle obbligazioni risarcitorie.

La tesi per cui le obbligazioni restitutorie, con il collegato obbligo di corresponsione di frutti ed interessi, sorgerebbero al momento della risoluzione (con ritrazione unicamente alla data dell'avvio del giudizio) è stata sostenuta da una parte della giurisprudenza: *«ai sensi dell'art. 1458 c.c., alla risoluzione del contratto consegue sia un effetto liberatorio, per le obbligazioni che ancora debbono essere eseguite, sia un effetto restitutorio, per quelle che siano, invece, già state oggetto di esecuzione ed in relazione alle quali sorge, per l'accipiens, il dovere di restituzione, anche se le prestazioni risultino ricevute dal contraente non inadempiente. Se tale obbligo restitutorio ha per oggetto prestazioni pecuniarie, il ricevente è tenuto a restituire le somme percepite maggiorate degli interessi calcolati dal giorno della domanda di risoluzione»*⁶⁷.

Soluzione ancora diversa, ed a mio avviso sicuramente preferibile, è quella che equipara la posizione delle due parti, facendo però sorgere gli obblighi restitutori sin dal momento in cui le prestazioni siano state eseguite: in tal modo, si accoglie una nozione forte di retroattività: *«la sentenza di risoluzione per inadempimento dà diritto, oltre che alla restituzione della somma di danaro versata in esecuzione del contratto, anche alla corresponsione degli interessi, che hanno natura compensativa perché, tenuto conto dell'effetto retroattivo della pronuncia di risoluzione, servono a compensare il creditore del mancato godimento dei frutti della somma stessa»*⁶⁸.

⁶⁶ Si può fare l'esempio della fornitura di un apparecchio perfettamente funzionante, ma privo di caratteristiche occorrenti a garantirne la sicurezza d'uso.

⁶⁷ Cass., 14 settembre 2004, n. 18518, in *Juris Data DVD*.

⁶⁸ Cass. SS.UU. 4 dicembre 1992, n. 12942, in *Giust. civ.* 1993, I, pagg. 30 ss. (in motivazione).

Sul fatto che la parte inadempiente sia tenuta a restituire frutti ed interessi sin dal momento in cui abbia ricevuto la prestazione originariamente dovuta, vi sono molteplici conferme giurisprudenziali. Si è così stabilito che: «*la risoluzione di un contratto preliminare di vendita per inadempimento del promissario acquirente comporta l'obbligo di quest'ultimo di corrispondere al promittente venditore l'equivalente pecuniario dell'uso e del godimento del bene negoziato, che gli sia stato consegnato anticipatamente, per il tempo compreso tra la consegna e la restituzione del medesimo*»⁶⁹.

Lo stesso principio è affermato con riferimento alla parte fedele: «*la retroattività ex art. 1458 c.c. della pronuncia (costitutiva) di risoluzione fa venir meno la causa delle attribuzioni patrimoniali derivanti dal contratto, determinando a carico della parte non colpevole un obbligo, non risarcitorio, ma restitutorio, avente ad oggetto le cose ricevute ed i frutti effettivamente percetti, per i quali ultimi si configura un debito di valore se trattasi di frutti naturali, laddove ricorre un debito di valuta, soggetto al principio nominalistico, se trattasi di frutti civili (somme di danaro), costituenti il corrispettivo del godimento della cosa. Peraltro, per i frutti civili competono al creditore, come effetto naturale della relativa pronuncia restitutoria e, quindi, anche senza espressa statuizione, gli interessi legali, da ritenere compresi, in difetto di esplicita limitazione degli effetti della risoluzione, nella domanda di restituzione dei frutti, ancorché in essa non specificati, con la conseguenza che la richiesta di tali interessi avanzata per la prima volta in appello non può essere considerata domanda nuova e preclusa a norma dell'art. 345 c.p.c.*»⁷⁰. Analogamente: «*nei contratti a prestazioni corrispettive, la retroattività (art. 1458 comma 1 c.c.) della pronuncia costitutiva di risoluzione per inadempimento, collegata al venir meno della causa giustificatrice delle attribuzioni patrimoniali già eseguite, comporta il sorgere, a carico di ciascun contraente, ed indipendentemente dalle inadempienze a lui eventualmente imputabili, dell'obbligo a restituire la prestazione ricevuta, e, nel caso in cui la stessa abbia avuto per oggetto una cosa fruttifera, i frutti (naturali o civili) percepiti, ovvero, qualora di essi non sia possibile la restituzione, di corrispondere l'equivalente in danaro; siffatto obbligo restitutorio, al quale si aggiunge, per la parte colpevolmente inadempiente, quello del risarcimento del danno (art. 1453 comma 1 ultima parte c.c.), trovando titolo immediato nella sentenza che pronuncia la risoluzione, non può essere però affermato dal giudice in difetto di un'espressa richiesta della parte interessata*»⁷¹.

⁶⁹ Cass. 18.1.2002 n. 550, in N.va Giur. Civ. Comm., 2003, I, pagg. 13 ss.; «*la sentenza di risoluzione per inadempimento produce riguardo alle prestazioni da eseguire un effetto liberatorio "ex nunc" e rispetto alle prestazioni già eseguite un effetto recuperatorio "ex tunc" (tranne che nei contratti ad esecuzione continuata o periodica). Pertanto, in caso di risoluzione di un contratto di vendita per inadempimento del venditore questi è tenuto a restituire le somme ricevute con gli interessi legali a decorrere dal giorno in cui le somme stesse gli furono consegnate dall'acquirente*» (Cass., 21 ottobre 1992, n. 11511, in Juris Data DVD).

⁷⁰ Cass., 12 maggio 1982, n. 2962, in Juris Data DVD.

⁷¹ Cass., 5 aprile 1990, n. 2802, in Juris Data DVD. «*La pronuncia di rescissione, come quella di risoluzione del contratto, produce un effetto liberatorio, relativo alle prestazioni non ancora eseguite, che non dovranno più eseguirsi né dall'una né dall'altra parte, e un effetto restitutorio, relativo alle prestazioni già eseguite, che ciascuna parte ha*

Come emerge dalla ricognizione operata, in tema di frutti ed interessi, la giurisprudenza impiega una regola che costituisce sostanziale applicazione del principio di retroattività della risoluzione e che non è ricavata dalla disciplina sull'indebito, in quanto trascura l'analisi dell'elemento soggettivo dell'*accipiens* al fine di ricavarne una modulazione di effetti. Sembra, così, che, in questo caso, la specialità della disciplina restitutoria (diversa da quella degli artt. 2033 ss. c.c.) derivi dalla valorizzazione dell'art. 1458 c.c. e dall'idea per cui, intervenuta la risoluzione, il contratto debba essere eliminato mentalmente dal ragionamento, dovendosi considerare le prestazioni rese come prive di qualsiasi giustificazione riferita al titolo ormai risolto (pur senza che ciò implichi, però, il ricorso all'ordinaria ripetizione dell'indebito).

Questa prima impressione viene però prontamente temperata dal riscontro della presenza di un diverso orientamento, che differenzia il regime restitutorio nel caso in cui le utilità connesse alle prestazioni reciproche siano in grado, anch'esse, di giustificarsi l'un l'altra, con la conseguenza che l'arricchimento ottenuto da ciascun contraente rende giustificato (e, quindi, non ripetibile) quello conseguito dall'altro.

L'idea secondo cui il godimento reciproco delle prestazioni ricevute risolva il problema della loro giustificazione causale in caso di risoluzione è stata sostenuta in giurisprudenza tanto con riguardo alla risoluzione giudiziale per inadempimento⁷², quanto al caso particolare della risoluzione per mutuo dissenso (su cui, v. *infra*). In tal modo, quindi, anche in caso di risoluzione, il contratto ed il collegato nesso sinallagmatico tra le prestazioni reciproche continuano a spiegare i loro effetti, influenzando la fase post contrattuale delle restituzioni e deviandone la disciplina da quella che deriverebbe da una piana applicazione della normativa sull'indebito.

*

vicendevolmente diritto di ripetere dall'altra. Mentre l'effetto liberatorio si manifesta «ex nunc», l'effetto restitutorio si impone retroattivamente: pertanto, le somme e le cose ricevute devono essere restituite con tutti gli accessori e le utilità che frattanto esse abbiano prodotto e, in particolare, per le somme ricevute, e da restituire, devono corrispondersi gli interessi legali maturati dalla data in cui le somme stesse vennero ricevute» (Cass., 20 marzo 2009, n. 6891, in *Juris Data DVD*; v. anche Cass., 24 febbraio 1995, n. 2135, in *Juris Data DVD*; Cass., 12 giugno 1987, n. 5143, in *Giust. civ.* 1987, I, pagg. 2222 ss.; Cass., 23 agosto 1985, n. 4510, in *Juris Data DVD*).

⁷² «In ipotesi di contratto di vendita di un'azienda, nel quale siano specificamente elencati gli elementi del complesso aziendale, la mancata consegna di uno di tali elementi (nella specie, contratti di rappresentanza con esclusiva) non costituisce vizio o mancanza di qualità promessa od essenziale. L'azione promossa dal compratore è una comune azione di risoluzione per inadempimento ex art. 1453 c.c. e, pertanto, non è applicabile il termine di decadenza stabilito dall'art. 1495 c.c. e richiamato dall'art. 1497 dello stesso codice. Gli effetti restitutori che scaturiscono dalla pronuncia di risoluzione del contratto per inadempimento del venditore non comportano che la res tradita debba sempre essere a questi restituita nelle condizioni in cui si trovava al momento della tradito. L'eventuale diminuzione di valore che la cosa abbia subito per il decorso del tempo fino alla pronuncia di risoluzione o per l'uso normale che di essa abbia fatto il compratore adempiente – uso cui, nell'equilibrio dell'originario sinallagma, corrisponde il godimento del prezzo da parte del venditore – deve essere sopportato da quest'ultimo come conseguenza del suo inadempimento» (Cass. 22 novembre 1974, n. 3782, in *Mass. Giust. Civ.*).

Come si è visto, la giurisprudenza, con riguardo ai frutti, predilige l'idea di una retroattività "forte" delle restituzioni, disancorata da un'articolazione della disciplina basata sull'elemento soggettivo dell'accipiens. Giova, a questo punto, ricordare come la valenza sanzionatoria (responsabilizzante) delle obbligazioni restitutorie prende anche una potenziale forma ulteriore: essa si ricava dall'art. 1148 c.c., che pone a carico del possessore di mala fede (per implicito) e del possessore di buona fede (in questo caso, esplicitamente, a far data dalla domanda) l'obbligo di corrispondere un valore pari ai frutti percepibili usando la diligenza del buon padre di famiglia.

Vi è, allora, da domandarsi se questo aggravamento dell'obbligazione restitutoria si giustifichi anche nel caso delle restituzioni conseguenti alla risoluzione del contratto. Di nuovo, un criterio ordinante può essere offerto dalla direttiva di affidare alle prestazioni restitutorie un compito sostanzialmente limitato, depurato, cioè, dalla contaminazione con funzioni risarcitorie: da ciò derivano sia la regola dell'equiparazione della posizione dei due contraenti, sia quella, che interessa specificamente qui, della limitazione della prestazione restitutoria a quanto effettivamente percepito, senza, cioè, che si debba tenere conto dei frutti che l'accipiens avrebbe potuto, ma ha trascurato di ottenere.

La regola di simmetria del trattamento permette, poi, di applicare il principio stabilito dall'art. 1148 c.c., a far data dal giorno della domanda, dato che, da questo momento, l'accipiens sa di dover (eventualmente) restituire quanto ricevuto e, quindi, è messo in condizione di comprendere che la gestione della risorsa deve essere da lui operata anche nell'interesse di chi ne insegue la restituzione.

Peraltro, quanto appena osservato può trovare una specifica eccezione nell'ulteriore caso in cui entrambi i contraenti abbiano conseguito la prestazione contrattuale dovutagli e siano, quindi, in grado di sfruttare la risorsa in loro possesso: ancora una volta, il godimento reciproco delle prestazioni può giustificare l'esclusione della problematica della restituzione dei frutti, lasciando che la concorrente obbligazione risarcitoria si incarichi di correggere le distorsioni introdotte dall'inadempimento.

II.D.2. OBBLIGAZIONI PECUNIARIE E RIVALUTAZIONE

ABSTRACT:

«L'A. esamina il problema della rivalutabilità della prestazione indebita per successiva risoluzione del titolo: la soluzione negativa, sostenuta dalla giurisprudenza delle Sezioni Unite della Cassazione, viene esaminata e confermata anche in rapporto alla disciplina della mora debendi».

Se, in esecuzione del contratto, una parte ha corrisposto all'altra una somma di denaro, l'accipiens, in caso di risoluzione del contratto, è tenuto a restituire quanto ricevuto. L'obbligazione restitutoria ha ad oggetto la stessa somma originariamente ricevuta: il debito è governato dal principio nominalistico e, pertanto, non si proce-

de a rivalutazione di quanto dovuto, al fine di tenere conto delle variazioni del potere d'acquisto della moneta tra la data del pagamento e quella della restituzione.

La regola appena esposta si applica sia al contraente fedele che alla parte inadempiente. Secondo un diverso orientamento, invece, occorrerebbe distinguere tra l'obbligazione restitutoria di denaro gravante sul contraente fedele, soggetta al principio nominalistico, e quella gravante sulla parte inadempiente, da qualificare come debito di valore e da assoggettare conseguentemente a rivalutazione⁷³. Si tratta però di un orientamento che la giurisprudenza ha ormai superato, attraverso insistiti interventi delle Sezioni Unite della Suprema Corte⁷⁴.

La perdita del potere d'acquisto della moneta, dunque, non è tematica che assuma rilevanza entro la disciplina restitutoria dell'obbligazione pecuniaria; essa, invece, può acquisire un peso nella prospettiva risarcitoria, con riguardo, quindi, alla posizione del contraente inadempiente e, altresì, a quella del contraente fedele, una volta determinato il momento di maturazione del debito restitutorio, dato che, a valle del sorgere del debito, può sovrapporsi la disciplina della *mora debendi*, con conseguente applicazione del disposto dell'art. 1224, comma 2, c.c.

A tal fine, però, occorre stabilire quale sia la data dalla quale si debba far decorrere la mora nell'adempimento dell'obbligazione restitutoria. Anche qui, la ricostruzione della materia si trova astretta tra i diversi orientamenti che, volta a volta, accentuano il carattere costitutivo della pronuncia di risoluzione, oppure il suo carattere retroattivo, oppure ancora, entro questa medesima prospettiva, articolano

⁷³ «L'obbligo della restituzione di una somma di denaro, conseguente alla risoluzione del contratto, configura un debito di valuta quando grava sulla parte incolpevole, e costituisce un debito di valore allorché obbligata alla restituzione è la parte che con la propria inadempienza ha dato luogo allo scioglimento del contratto» (Cass., 23 agosto 1985, n. 4510, in Riv. dir. civ. 1986, II, pagg. 665 ss.).

⁷⁴ «L'orientamento che attribuisce, in detta materia, all'obbligazione di restituzione natura di debito di valore, attesa l'esigenza di ripristinare la situazione del contraente adempiente negli stessi termini in cui si trovava al momento della conclusione del negozio in conseguenza della sua risoluzione, è dovuta all'arbitraria sovrapposizione di due distinte pretese del contraente adempiente, quella alla restituzione delle somme di denaro versate come corrispettivo e quella del risarcimento del danno» (Cass. SS.UU. 4 dicembre 1992, n. 12942, in Giust. civ. 1993, I, pagg. 30 ss., in motivazione).

«L'obbligo di restituzione di una somma di denaro conseguente alla risoluzione del contratto configura un debito di valuta, sia quando grava sulla parte incolpevole, sia allorché obbligata alla restituzione è la parte che, con la propria inadempienza, ha causato la risoluzione del contratto, attesa la persistente natura non risarcitoria del relativo debito, avente ad oggetto l'originaria prestazione pecuniaria, del tutto distinto dal risarcimento del danno spettante in ogni caso all'adempiente. Pertanto, in quest'ultimo caso – poiché con la domanda di risoluzione e di restituzione del corrispettivo versato il debitore è costituito in mora – alla parte adempiente, oltre al risarcimento del danno derivante dall'inadempimento ai sensi dell'art. 1453 c.c., può eventualmente spettare soltanto il maggior danno rispetto agli interessi moratori ai sensi dell'art. 1224 comma 2 c.c. sulla somma da restituire, sempre che questo risarcimento ulteriore, del quale il richiedente ha l'onere di provare le condizioni, non rimanga assorbito dal risarcimento accordato per il danno derivante dall'inadempimento, dovendosi evitare una ingiustificata duplicazione del risarcimento dello stesso danno» (Cass. SS.UU. 17 maggio 1995, n. 5391, in Giust. civ. Mass. 1995).

la disciplina in dipendenza dello stato di buona o mala fede dell'*accipiens* (eventualmente avvalendosi della tecnica già più volte vista della sovrapposizione delle posizioni di contraente inadempiente e di *accipiens* di mala fede).

A me sembra che il richiamo della disciplina sull'indebito, qui di nuovo, si riveli fuorviante: se viene eseguita una prestazione non dovuta, essa è indebita sin dal momento del suo adempimento e, conseguentemente, non vi è soluzione di continuità rispetto all'insorgere del debito restitutorio; da questa constatazione elementare, deriva la possibilità di considerare immediatamente in mora l'*accipiens*, rispetto all'adempimento dell'obbligazione restitutoria. Lo stesso discorso, però, non è valido nel caso in cui il carattere indebitato della prestazione ricevuta non sia originario, ma dipenda da un fatto costitutivo successivo (sia pure dotato di efficacia retroattiva): in questa eventualità, la mora deve più correttamente insorgere dal momento in cui il debito sia divenuto attuale, cioè dal momento della risoluzione. E, a decorrere da tale momento, la mora insorge per entrambi i contraenti, a prescindere dal fatto di chi sia il soggetto che, con il proprio comportamento, abbia dato causa alla risoluzione del contratto.

La mora è disciplina di un inadempimento (cioè, dell'inadempimento temporale dell'obbligazione): essa ha, alla propria base, una valutazione di repressibilità della mancata attuazione di quanto dovuto e trova nella responsabilità risarcitoria la misura della sanzione per la violazione del dovere. La logica ad essa sottesa, pertanto, non può seriamente essere applicata al caso del debito restitutorio derivante dalla risoluzione, dato che, anteriormente al momento della risoluzione, il debito restitutorio non è neppure nato, sicché nessun rimprovero può essere rivolto a chi non lo abbia adempiuto.

Il discorso svolto non esclude la necessità di stabilire se, rispetto al contraente inadempiente, non sia possibile sovrapporre, a quella identificata, una regola ulteriore che, derivata dalla concorrente obbligazione risarcitoria nascente dall'applicazione dell'art. 1218 c.c., giustifichi che egli venga reso responsabile del danno derivato dalla perdita del potere di acquisto della moneta che il contraente fedele abbia subito per aver adempiuto la prestazione su di lui gravante.

Mi sembra, però, che il danno da svalutazione non riesca ad essere incluso tra le componenti di danno risarcibile dovute dal contraente inadempiente a favore del contraente fedele⁷⁵. Se, infatti, si procede alla liquidazione del danno da inadempimento

⁷⁵ «L'obbligazione del venditore di restituire al compratore la somma ricevuta a titolo di prezzo, in conseguenza della risoluzione giudiziale del contratto per inadempimento, configura un debito di valuta, avente ad oggetto l'originaria prestazione pecuniaria, del tutto distinto dal risarcimento del danno spettante in ogni caso all'adempiente. Non può, dunque, procedersi alla rivalutazione automatica della somma dovuta in restituzione, ma della svalutazione monetaria dovrà tenersi conto nella liquidazione dei danni derivanti dalla mancata disponibilità di quella somma» (Cass. SS.UU. 4 dicembre 1992, n. 12942, in Giust. civ. 1993, I, pagg. 30 ss.).

mento sulla base del test causalista (art. 1223 c.c.), chiedendosi, cioè, se, in caso di regolare adempimento un pregiudizio si sarebbe prodotto oppure no, il danno da svalutazione non costituisce voce di danno positivo.

Si tratta, eventualmente, di una componente negativa di danno, che sarebbe risarcibile se il contraente fedele potesse optare per il risarcimento del danno negativo. Tema che, però, forma oggetto di ampio dibattito e di prevalenti opposizioni.

II.D.3. SPESE E MIGLIORAMENTI

ABSTRACT:

«Il problema delle spese e dei miglioramenti effettuati dal soggetto tenuto alla restituzione viene governato sulla base di alcune regole elementari:

- a) se si tratta di spese per il godimento del bene, la regola del sinallagma rimane dominante; la loro rilevanza si elide in forza del beneficio ottenuto per aver goduto della controprestazione;*
- b) alla materia si applica, poi, l'art. 2040 c.c.: incertezze derivano dalla concorrente invocabilità del disposto dell'art. 1479 c.c.*
- c) entrambi i contraenti sono trattati come possessori di mala fede a far data dalla domanda di restituzione».*

Tra la stipulazione del contratto e la sua risoluzione e, per quanto più direttamente interessa, tra l'adempimento di una prestazione e quello dell'obbligazione restitutoria che sia insorta per effetto dell'intervenuta risoluzione del contratto, può intercorrere un tempo anche lungo, nel corso del quale il soggetto che abbia la disponibilità della risorsa che poi dovrà restituire può effettuare diversi tipi di interventi e di spese. Si tratta, allora, di stabilire come essi debbano essere disciplinati nell'ambito delle vicende conseguenti alla risoluzione del contratto.

Preliminarmente, si può notare che, anche con riguardo specifico a questo tema, la giurisprudenza mantiene ferma l'idea per cui le obbligazioni reciproche nascenti dalla risoluzione del contratto non debbono essere considerate isolatamente, ma come tra loro connesse: *«in tema di contratto preliminare di compravendita immobiliare, il promissario acquirente, che abbia ottenuto l'anticipata consegna del bene, ove receda dal contratto preliminare, non può pretendere, ai sensi dell'art. 2040 c.c., il rimborso di spese e miglioramenti affrontati per l'immobile, fintantoché non lo restituisce al promittente venditore»*⁷⁶.

Venendo, ora, ad esaminare in via diretta il tema delle spese sostenute e dei miglioramenti apportati, in costanza di rapporto, con riguardo alla prestazione che la parte abbia ricevuto e che, a causa della risoluzione, debba restituire, si nota che le norme in tema di risoluzione del contratto in generale non dettano alcuna disciplina

⁷⁶ Cass., 31 luglio 2009, n. 17888, in Juris Data DVD.

specificata. In tema di ripetizione dell'indebito, invece, provvede l'art. 2040 c.c., stabilendo che «*colui al quale è restituita la cosa è tenuto a rimborsare il possessore delle spese e dei miglioramenti, a norma degli artt. 1149, 1150, 1151 e 1152*»⁷⁷.

La tutela della parte che abbia eseguito miglioramenti non è considerata dal legislatore, nella sola prospettiva delle prestazioni indebite: esistono infatti discipline che rendono peggiore la posizione del contraente, laddove sia ravvisabile una sua responsabilità nella risoluzione del contratto; in questo senso, si è stabilito che: «è manifestamente infondata, in riferimento agli art. 3 e 44 cost., la questione di legittimità costituzionale dell'art. 17 l. n. 203 del 1982, con riferimento alla disparità di trattamento tra l'affittuario che abbia eseguito miglioramenti sul fondo oggetto dell'affitto senza l'autorizzazione del locatore (che non ha diritto ad alcuna indennità) e al possessore di mero fatto, di cui all'art. 1150, comma 3, c.c. (che ha diritto a una indennità pari all'aumento del valore conseguito dalla cosa per effetto dei miglioramenti o, in caso di possesso in mala fede, alla minore somma tra l'importo della spesa e l'aumento di valore), nonché al terzo, ex art. 936 c.c. che abbia comunque eseguito miglioramenti, ove il proprietario del fondo non ne abbia chiesto la rimozione entro sei mesi dalla conoscenza. La diversità di trattamento della posizione dell'affittuario, rispetto a quella di cui ai soggetti di cui agli art. 1150, comma 3, e 936 c.c., infatti, trova una sua razionale giustificazione nella circostanza che la posizione dell'affittuario è disciplinata da una specifica disciplina normativa alla stregua della quale la modifica della originaria configurazione culturale del fondo costituisce un inadempimento che giustifica la risoluzione del rapporto agrario»⁷⁸.

La giurisprudenza ha poi cura di precisare come la disciplina sulle spese ed i miglioramenti, nella sua variante protettiva per la posizione del possessore di buona fede, possa trovare ingresso solamente per le spese sostenute sino alla data della domanda, in quanto, successivamente a tale momento, entrambi i contraenti debbono essere trattati quali possessori di mala fede: «*il principio secondo il quale la domanda giudiziale fa cessare gli effetti del possesso di buona fede che non siano divenuti irrevocabili ed impedisce quelli ulteriori, non attiene soltanto all'acquisto dei frutti, ma si riferisce a tutti i possibili effetti del possesso di buona fede, tra i quali è quello che attribuisce al possessore il diritto di essere indennizzato dal proprietario dell'incremento di valore arrecato alla cosa, per cui la domanda giudiziale impedisce che tale diritto possa sorgere per l'incremento di valore dipendente da opere eseguite dopo la sua notifica. (Nella spe-*

⁷⁷ «L'art. 1150 c.c., in tema di diritti del possessore ad indennità per i miglioramenti apportati alla cosa posseduta, si applica non solo nell'ipotesi in cui sia esercitata l'azione di rivendicazione nei confronti di chi possieda a titolo originario o per acquisto a non domino ma anche in tutti i casi in cui il possesso, acquistato a titolo derivativo, venga a cessare in conseguenza di annullamento, risoluzione, rescissione etc. di un atto traslativo del diritto di proprietà» (Cass., 11 marzo 1983, n. 1816, in *Juris Data* DVD).

⁷⁸ Cass., 5 settembre 2005, n. 17772, in *Giust. civ.* 2006, pagg. 2833 ss.

cie, in base all'enunciato principio la C.S. ha confermato la decisione dei giudici del merito che, con riguardo ad un bene immobile, aveva ritenuto il suo acquirente, che aveva agito per la risoluzione del relativo contratto di compravendita, possessore di mala fede dal momento stesso della proposizione della domanda)»⁷⁹.

Il ricorso al disposto dell'art. 2040 c.c. non è peraltro pacifico: si è sostenuto che questo regime debba trovare applicazione solamente per il contraente inadempiente, mentre il contraente fedele dovrebbe poter beneficiare del più favorevole trattamento previsto, con riguardo alla compravendita, dall'art. 1479³ c.c. (vendita di cosa altrui); egli avrebbe quindi diritto al rimborso di tutte le spese necessarie o utili fatte per la cosa, anche oltre il limite dell'aumento di valore del bene, nonché al rimborso delle spese voluttuarie (se vi sia mala fede del venditore).

In realtà, appare più coerente il mantenimento di una regola di parità di trattamento tra le due parti, riservando, come già detto, al rimedio risarcitorio il compito di introdurre una differenziazione, basata sulla repressibilità della parte cui sia addebitabile l'insuccesso dell'operazione economica programmata.

III. Il coordinamento tra le restituzioni e la disciplina risarcitoria

ABSTRACT:

«La risoluzione del contratto per inadempimento giustifica la pretesa del contraente fedele al risarcimento del danno positivo: questa, però, impone alcune deviazioni dalle regole altrimenti applicabili alle restituzioni. Ciò dimostra, ancora una volta, come non si sia in presenza di un semplice indebito, da assoggettare alla corrispondente disciplina, ma di un fenomeno assai più complesso.

L'A. prende in considerazione alcune problematiche relative alle interferenze reciproche tra pretese risarcitorie e pretese restitutorie».

Le obbligazioni restitutorie tendono a ricostituire lo *status quo ante*, rispetto al momento di conclusione del contratto. Quella risarcitoria tende, invece, a far conseguire al contraente fedele il vantaggio che gli sarebbe derivato da un regolare adempimento.

Le due finalità appaiono, a prima vista, intimamente contraddittorie: al punto che, come è noto, nell'ordinamento tedesco (almeno sino alla riforma di modernizzazione del diritto delle obbligazioni entrata in vigore nel 2002), la scelta risolutoria si riteneva compatibile con una pretesa risarcitoria diretta al conseguimento dell'interesse negativo e non di quello positivo.

In realtà, tale contraddizione è da rifiutare recisamente: la scelta risolutoria manifesta la volontà del contraente fedele di liberarsi dal proprio obbligo o di riottenere quanto già prestato, quali scelte alternative rispetto a quella volta a sostenere il

⁷⁹ Cass., 25 settembre 1991, n. 10002, in *Juris Data DVD*.

proprio sacrificio per inseguire (faticosamente) il rispetto dell'altrui impegno; all'opposto, non implica in alcun modo la volontà del contraente fedele di rinunciare ai vantaggi che sarebbero derivati dal regolare adempimento.

Contraddizione vi sarebbe solamente nella pretesa contemporanea dell'adempimento e della risoluzione: il vantaggio che sarebbe derivato dall'adempimento, in questo senso, può essere domandato quale componente del risarcimento del danno, non invece con l'azione di adempimento⁸⁰.

Il rischio di soluzioni contraddittorie deriva dall'eventuale mancato coordinamento tra le pretese restitutorie e quelle risarcitorie; poiché per conseguire il vantaggio che sarebbe derivato da un regolare adempimento, il contraente fedele avrebbe dovuto eseguire la prestazione a suo carico, si rivelano immediatamente incompatibili, già a livello logico, pretese dirette a cumulare i vantaggi sottesi alle due diverse azioni.

Supponiamo che il soggetto A ordini della merce, pagando anticipatamente il corrispettivo di 100; la merce in questione deve essere consegnata entro 120 giorni; A ha già stipulato un contratto per rivendere la stessa merce a terzi per il corrispettivo di 110. Il venditore, però, si rende inadempiente; A decide allora di agire per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno. Egli non può cumulare il danno commisurato alla differenza tra prezzo di rivendita (120) e costo di acquisto (100) e, al contempo, ottenere la restituzione del prezzo pagato, maggiorata degli interessi fatti decorrere dalla data in cui egli aveva provveduto al versamento a favore del venditore. È infatti chiaro che il vantaggio derivante dalla rivendita dei beni avrebbe potuto essere ottenuto solamente pagando il corrispettivo: con la conseguenza che la pretesa restitutoria diretta al pagamento degli interessi si rivela incongruente con quella risarcitoria. In un caso come quello prospettato, la domanda risarcitoria è certamente compatibile con quella restitutoria del prezzo, mentre gli interessi sulla somma matureranno solamente a far data dal momento della risoluzione (o, meglio, dal momento di richiesta della risoluzione).

Se la parte fedele richiede il risarcimento del lucro cessante, allora gli interessi risultano dovuti solo dalla data della domanda, poiché altrimenti la parte otterrebbe il vantaggio derivante dallo sviluppo di due logiche antitetiche⁸¹.

⁸⁰ Sul punto, con riguardo ad un contratto di durata, si segnala Cass. 24 maggio 1993 n. 5838, in *Juris Data DVD*. In questo caso, la società Alfa, agente della società Beta, aveva lamentato l'inadempimento del contratto di agenzia e ne aveva domandata la risoluzione, chiedendo al contempo la condanna al pagamento di somme maturate come premio per le vendite già effettuate. La Suprema Corte ha osservato che: «nel caso, la parte adempiente ha proposto la domanda di condanna all'adempimento insieme a quella di risoluzione del contratto (...). La domanda di adempimento è stata però rivolta non ad ottenere la controprestazione, cui la parte avrebbe avuto diritto in caso di prosecuzione del rapporto e di attuazione di questo da parte sua e della convenuta; è stata bensì rivolta a ottenere il pagamento di quanto secondo il contratto sarebbe spettato all'attrice come corrispettivo delle prestazioni eseguite sin lì».

⁸¹ C.M. Bianca, *Diritto Civile*, 5, *La responsabilità*, cit.

Il discorso proposto dimostra, pertanto, ancora una volta, come le obbligazioni restitutorie da risoluzione del contratto non siano figlie semplicemente dell'idea secondo cui, venuto meno il contratto, si sia in presenza di prestazioni indebite, da assoggettare al corrispondente regime: il nesso sinallagmatico in cui gli adempimenti si ponevano *manente contractu* influenza, dopo la risoluzione, il contenuto delle prestazioni restitutorie, in dipendenza delle scelte operate dal contraente fedele; pertanto, questi, ove agisca per ottenere il vantaggio che sarebbe derivato dall'adempimento della controprestazione dovutagli, determina automaticamente un mutamento del contenuto del suo credito restitutorio, nel quale non potranno conteggiarsi i frutti e gli interessi dei quali non si sarebbe avvantaggiato se il contratto fosse stato effettivamente regolarmente adempiuto.

Il rilievo svolto fa emergere nuovi ed ulteriori problemi.

Ipotizziamo che il contraente fedele agisca per la risoluzione e per la restituzione, senza svolgere domanda risarcitoria. Ottenuta la restituzione della prestazione da lui eseguita ed ormai priva di causa ed ottenuti altresì i frutti e gli interessi maturati a far data dal pagamento, si deve ritenere che egli abbia (per implicito) rinunciato al risarcimento del danno positivo che sarebbe derivato dal regolare adempimento? L'incompatibilità logica che si è sopra vista tra la pretesa restitutoria estesa ai frutti maturati sulla prestazione eseguita e la pretesa risarcitoria volta al vantaggio positivo, il cui conseguimento avrebbe comportato la necessità dell'adempimento della prestazione gravante sul contraente fedele, potrebbe essere sviluppata nel senso di ricavare dal contenuto della domanda restitutoria una decisione implicita rispetto al risarcimento del danno.

Ipotizziamo, ora, che il contraente fedele domandi la risoluzione, la restituzione della prestazione da lui resa, il risarcimento del danno positivo e specifici di volere, altresì, per il caso di mancata prova del danno positivo, la restituzione dei frutti maturati sulla prestazione da lui eseguita. In questo caso, inizia ad emergere la pretesa alla ricostituzione dello *status quo ante* come oggetto di un risarcimento alternativo rispetto a quello del danno positivo: ed in effetti si evidenzia come l'azione per la ripetizione del prestato, intesa nel senso "forte" qui condiviso, introduca la rilevanza di poste che sono, al contempo, comuni a quelle che accompagnerebbero una pretesa risarcitoria avente ad oggetto l'interesse negativo.

IV. Risoluzione e arricchimenti

ABSTRACT:

«L'A. esamina il problema dell'ammissibilità di un'eventuale estensione delle pretese quasi contrattuali del contraente fedele, collegate all'inadempimento ed alla risoluzione, agli arricchimenti conseguiti dalla parte inadempiente per mezzo dell'inadempimento. Al tema viene data

risposta negativa, escludendosi così che il contraente fedele possa appropriarsi di utilità conseguite dal contraente inadempiente: con l'eccezione del caso in cui l'arricchimento sia derivato dallo sfruttamento di un bene di proprietà del contraente fedele».

In caso di risoluzione del contratto, entrambi i contraenti sono obbligati a restituire le prestazioni ricevute in sua costanza. Inoltre, il contraente fedele ha diritto al risarcimento del danno: cioè al pagamento di una somma di denaro diretta ad indennizzarlo del pregiudizio causatogli dall'inadempimento.

È però chiaro che l'inadempimento del contratto può costituire, per l'inadempiente, l'occasione per realizzare un profitto che, altrimenti, non avrebbe conseguito. Il caso più elementare è quello di Tizio che promette il bene X in vendita a Caio per 100 e che, violando l'impegno, vende lo stesso bene a Mevio per 120. Supposto che Caio abbia subito danni per 110 (ad esempio, egli aveva già promesso in vendita il bene a Sempronio per tale corrispettivo), ci si domanda se egli possa ottenere, oltre al danno pari a 10 (ed alla restituzione del prezzo di 100, eventualmente da lui anticipatamente corrisposto), la reversione a suo favore dell'arricchimento conseguito da Tizio, con l'alienazione a favore di Mevio per 120.

Il problema ha implicazioni evidenti: supposto che a Tizio siano noti *ex ante* tutti i termini economici della decisione che egli deve assumere (se tenere fede all'impegno o rendersi inadempiente), egli sceglierà la violazione del contratto, laddove così operando riesca a conseguire un profitto aggiuntivo che, diversamente, non otterrebbe. La soluzione del tema proposto incide, dunque, sugli incentivi che l'ordinamento fornisce al debitore affinché questi non si renda inadempiente.

Una regola che imponesse al soggetto inadempiente di riversare, a vantaggio del contraente fedele, l'arricchimento conseguito per effetto dell'inadempimento, andrebbe però incontro a più di una obiezione:

- a) in primo luogo, un'azione per l'arricchimento condurrebbe il contraente fedele a trovarsi in una posizione preferibile rispetto a quella che avrebbe occupato in caso di regolare adempimento; in tal modo, si introdurrebbe una grave violazione di un principio base della materia del risarcimento del danno;
- b) in secondo luogo, appare molto flebile, nella maggior parte dei casi, il filo che dovrebbe legare il contraente fedele all'arricchimento conseguito dalla controparte. Consideriamo, al riguardo, il caso in cui il debitore A decida di rendersi inadempiente, in quanto il costo di produzione della prestazione da lui dovuta sarebbe di 150, mentre il corrispettivo pattuito con B, committente, è solamente di 100; peraltro, il costo di mercato della medesima prestazione è di 100; pertanto, il maggior costo per A, si può ipotizzare che sia dovuto alla necessità di effettuare un investimento specifico che, però, non risulterebbe poi utile nell'ulteriore attività ordinaria di A. In caso di inadempimento, A risparmia un costo di 50,

mentre B non patisce danno alcuno (supponendo che B sia in grado di procurarsi *aliunde* la stessa prestazione e che tale iniziativa non comporti un ritardo nel conseguimento del risultato). Il risparmio ottenuto da A non è il frutto dello sfruttamento di beni o risorse di B, elemento che, invece, sembra fondamentale affinché sia concessa l'azione per la reversione dell'arricchimento (in base all'art. 2041 c.c., l'attività che ha condotto all'arricchimento deve aver provocato una correlativa diminuzione patrimoniale);

- c) in terzo luogo, l'argomento dell'insufficienza degli incentivi dati al debitore per indurlo ad adempiere, postula l'esistenza di un principio opposto, che imponga come direttiva fondamentale quella dell'adempimento dell'obbligazione e che giustifichi che la reazione all'inadempimento non sia limitata al sorgere della responsabilità risarcitoria, ma sia estesa a tutto quanto occorrente affinché sia ottenuto il risultato della coazione del debitore all'adempimento. Si tratta, però, di un principio che non si lascia identificare nel corpo del codice e delle leggi civili. La conclusione, dunque, è nel senso che il contraente fedele non possa ottenere la distrazione a proprio vantaggio dell'arricchimento conseguito dal debitore per mezzo dell'inadempimento.

Il che, però, non è senza eccezioni: se, infatti, con l'inadempimento, il debitore si appropria di una risorsa di titolarità del creditore, allora si può arrivare al risultato opposto. Ciò, però, dipende dalla concorrente applicazione di regole specificamente giustificate dall'appartenenza del bene sfruttato dal debitore⁸².

V. Il mutuo dissenso. Le domande risolutorie reciproche ed infondate

ABSTRACT:

«L'A. esamina la disciplina giuridica applicabile al caso di risoluzione per mutuo dissenso. Questa differisce, secondo la giurisprudenza, dall'ordinaria risoluzione ad iniziativa del contraente fedele, per il fatto di non avere efficacia retroattiva. L'A. evidenzia come tale affermazione non si giustifichi nel caso di risoluzione conseguente alla proposizione di domande risolutorie reciproche ed infondate».

Le parti possono determinare la risoluzione del contratto anche attraverso un accordo risolutorio. In questo caso, in giurisprudenza si ritiene che le restituzioni siano assoggettate ad un regime diverso rispetto a quello ricavabile dall'art. 1458 c.c.; si trova così stabilito che: *«poiché la cosiddetta risoluzione del contratto per mutuo*

⁸² In arg., v. P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, cit., pagg. 107 ss.; ivi si osserva che: «in generale, quando l'arricchimento abbia per oggetto utilità che possano considerarsi comprese in un diritto di natura "proprietary" dell'altro contraente, questi, in applicazione diretta o analogica dell'art. 2032 c.c., potrà ratificare l'operazione compiuta dall'inadempiente, appropriandosene il risultato utile netto».

dissenso, a differenza dalla risoluzione per inadempimento, non ha, in difetto di specifica pattuizione negoziale, l'effetto retroattivo che per questa ultima è invece previsto dall'art. 1458, comma 1, c.c., alla stessa non consegue il ripristino delle status quo ante, che deve, anzi, ritenersi implicitamente escluso per effetto della globale valutazione data dalle parti all'atto dello scioglimento del contratto. Ne consegue che in caso di contratto di compravendita in difetto di contraria pattuizione gli interessi sulle somme dovute in restituzione dalla parte venditrice devono ritenersi compensati dal godimento della cosa che la parte compratrice abbia medio tempore avuto (ex art. 1282 ultimo comma c.c.).»⁸³.

Può anche accadere che, avviato il giudizio di risoluzione per inadempimento, la parte convenuta svolga, a sua volta, analoga domanda, giustificandola con supposti inadempimenti dell'attrice. In questo caso, la giurisprudenza ha sviluppato una regola specifica, da applicare nel caso in cui, al termine del giudizio, gli addebiti reciprocamente mossi risultino entrambi ingiustificati: essa, infatti, anziché limitarsi a rigettare le domande, giunge a pronunciare comunque la risoluzione, rinvenendo, entro le domande svolte, la manifestazione di entrambe le parti di voler ottenere lo scioglimento del vincolo⁸⁴.

Vi è allora da domandarsi se la risoluzione conseguente alla mancata prova degli inadempimenti reciproci resti assoggettata al regime risolutorio (e restitutorio) proprio del mutuo dissenso od a quello, diverso, proprio della risoluzione per inadempimento.

Io riterrei che la soluzione corretta sia quella dell'applicazione dell'ordinario regime risolutorio: non è infatti possibile ritenere che le parti, giunte alla risoluzione in

⁸³ Cass., 29 aprile 1993, n. 5065, in Juris Data DVD.

Si evidenzia, inoltre, come gli effetti restitutori nascano al momento dell'accordo risolutorio e non certamente dal momento di pronuncia dell'eventuale sentenza (che avrebbe comunque natura dichiarativa): «con riguardo alla risoluzione consensuale di un contratto la pronuncia giudiziale è meramente dichiarativa dello scioglimento del rapporto contrattuale, direttamente provocato dalla volontà delle parti, sicché l'obbligo del venditore di restituire al compratore il danaro ricevuto a titolo di prezzo e di corrispondergli l'eventuale indennizzo per i miglioramenti sorge, salva diversa pattuizione, con la conclusione dell'accordo risolutorio. Pertanto in questa ipotesi a differenza del caso di risoluzione per inadempimento, nel quale l'obbligazione di restituzione del prezzo versato dal compratore diventa esigibile con l'esecutività della sentenza (che pronunzia la risoluzione), per cui anteriormente non sussiste la mora del debitore, il venditore che non provveda ai succitati pagamenti versa in mora ed è tenuto al risarcimento del danno nei confronti del compratore, ai sensi del comma 2 dell'art. 1224 c.c., sin dal momento del detto accordo» (Cass., 14 luglio 1989, n. 3288, in Juris Data DVD).

⁸⁴ «Il giudice che in presenza di reciproche domande di risoluzione fondate da ciascuna parte sugli inadempimenti dell'altra, accerti l'inesistenza di singoli specifici addebiti, non potendo pronunciare la risoluzione per colpa di taluna di esse, deve dare atto dell'impossibilità dell'esecuzione del contratto per effetto della scelta ex art. 1453, comma 2, c.c., di entrambi i contraenti e decidere di conseguenza quanto agli effetti risolutivi di cui all'art. 1458 dello stesso codice» (Cass., 24 novembre 2000, n. 15167, in Juris Data DVD; Cass., 29 novembre 1994, n. 10217, in Juris Data DVD; Cass., 29 aprile 1993, n. 5065, in Giur. it. 1994, I, 1, pagg. 433 ss.; Cass., 25 maggio 1992, n. 6230, in Juris Data DVD).

forza dell'accordo implicito nelle rispettive scelte giudiziali, abbiano al contempo inteso disciplinare gli effetti della risoluzione in termini alternativi rispetto a quelli fatti palesi dal contenuto principale della domanda da esse svolta, la domanda, cioè, di risoluzione del contratto per inadempimento, essa sì volta, implicitamente, a richiedere l'ingresso dei corollari applicativi della risoluzione e, quindi, le restituzioni delle prestazioni adempiute (anche nell'ipotesi che nessuna specifica domanda con tale oggetto sia stata effettivamente avanzata).

VI. Patti sulle restituzioni

ABSTRACT:

«L'A. si chiede se le parti, nella loro autonomia, possano liberamente conformare le obbligazioni reciproche derivanti dall'eventuale risoluzione del contratto per inadempimento ed individuare alcuni limiti applicabili, sia nei rapporti tra le parti, sia rispetto al problema dell'inopponibilità della risoluzione ai terzi».

Le parti possono governare le obbligazioni restitutorie con apposite clausole. Così, per esempio, possono stabilire una regola pattizia di retroattività della risoluzione per inadempimento di un contratto ad esecuzione continuata o periodica, derogando alla previsione dell'art. 1458, comma 1, c.c.

L'autonomia negoziale, in materia, non è però senza limiti: così, non potrebbe ammettersi una clausola che stabilisse l'efficacia *ex nunc* della risoluzione, con preclusione assoluta di qualsiasi pretesa restitutoria. In tal modo, infatti, la sorte di ogni prestazione sarebbe resa autonoma da quella delle altre, con la conseguenza di elidere il nesso sinallagmatico tra le prestazioni e di esporre al rischio di un impoverimento ingiustificato il soggetto che si trovasse ad aver adempiuto la propria obbligazione senza ancora aver conseguito la controprestazione.

È chiaro, poi, che non potrebbe avere valore una regola con la quale si stabilisse un regime di opponibilità ai terzi della retroattività della risoluzione, in quanto si violerebbe una previsione, quella del secondo comma dell'art. 1458 c.c., che è destinata a presidiare la sicurezza dei traffici giuridici ed alla quale deve attribuirsi natura imperativa⁸⁵.

Sul punto, ritengo importante rilevare come la regola di inopponibilità della risoluzione ai terzi abbia un fondamento che va oltre quello della semplice conoscibilità o meno, da parte dei terzi, della patologia del rapporto contrattuale dal quale

⁸⁵ «Per quanto attiene agli effetti della risoluzione nei confronti dei terzi, sembra che il carattere inderogabile della regola posta dall'art. 1458 comma 2 c.c. sia per così dire, in *re ipsa*, cioè discenda dalla semplice considerazione che la norma in esame è deputata alla salvaguardia specifica di interessi esterni a quelli dei contraenti» (A. Belfiore Angelo, *Risoluzione per inadempimento*, cit., pag. 1311).

siano derivati i loro diritti. Se, infatti, la ratio della norma fosse così semplice, non si giustificerebbe affatto la tutela anche del terzo in mala fede, cioè del terzo che abbia acquistato un diritto sapendo della patologia del rapporto.

Piuttosto, in questo caso, il legislatore ha inteso introdurre una regola di sicurezza dei commerci che avvantaggia anche il terzo in mala fede e che, quindi, mette al riparo dal tentativo di dimostrare giudizialmente la sussistenza di una mala fede che consentirebbe (in caso di regola contraria) di opporre la risoluzione anche ai terzi.

L'esigenza di tutela dei terzi non mi sembra che possa essere superata attraverso una clausola negoziale contraria: e alla stessa conclusione dovrebbe giungersi anche rispetto all'utilizzo di tecniche alternative, come quella consistente nel dedurre in condizione risolutiva l'inadempimento di una delle parti⁸⁶, in quanto, così facendo, il ricorso al meccanismo condizionale, caratterizzato dall'opposta regola di opponibilità ai terzi della condizione, metterebbe agevolmente in scacco una chiara direttiva fornita dal legislatore con riferimento alla risoluzione ed alla sua inopponibilità.

In materia, non deve però dimenticarsi la regola dell'art. 1524 c.c., secondo cui, in caso di vendita a rate con riserva della proprietà, la risoluzione conseguente all'inadempimento dell'acquirente è opponibile ai creditori del compratore ed agli acquirenti di macchinari (in questo secondo caso, ove siano soddisfatti i criteri stabiliti dall'art. 1524, comma 2, c.c.). Si tratta di norma che si spiega agevolmente con il dato per cui, al momento dell'inadempimento, l'effetto traslativo non si è ancora prodotto: e, pertanto, eventuali terzi possono solamente aver acquistato *a non domino*.

VII. Conclusioni

L'analisi svolta consente di raggiungere alcuni risultati.

In primo luogo, si è visto come le obbligazioni restitutorie non possano essere considerate come la semplice e meccanica applicazione delle norme sulla ripetizione dell'indebito.

In secondo luogo, si è visto come il nesso sinallagmatico giochi un ruolo tutt'altro che secondario anche con riguardo alle obbligazioni restitutorie derivanti dalla risoluzione.

In terzo luogo, si è argomentata la presenza di casi in cui gli effetti della risoluzione si risolvono, in realtà, nella perdurante applicazione del contratto e, in senso più comprensivo, si è suggerito di mantenere fermo il contratto, con il contenuto economico in esso previsto, quante volte il meccanismo risolutorio, ove applicato, sarebbe in sostanza incapace di assolvere la propria funzione, che è quella di ricon-

⁸⁶ In questo senso, v. G. Tatarano, *Retroattività (dir. priv.)*, cit., pag. 90.

durre i contraenti, in senso naturalistico, nello *status quo ante*; questa conclusione, specificamente, è stata raggiunta con riferimento al caso in cui l'impossibilità della restituzione abbia colpito il contraente fedele, desideroso di impugnare il contratto a causa dell'inadempienza della controparte.

Le restituzioni contrattuali, pertanto, non sembrano davvero riconducibili allo schema unitario di una semplice deduzione della loro disciplina dal principio di retroattività della risoluzione, collegato alla conseguente applicazione della disciplina dell'indebito. Tra le manifestazioni più potenti della presenza di plurimi modelli di disciplina degli effetti della risoluzione si possono annoverare, a mio avviso, sia i casi in cui la parziale attuazione del rapporto contrattuale dà luogo a vicende che l'ordinamento rifiuta di "smontare" (si pensi, in questo senso, alle ipotesi di risoluzione parziale estese al di là dei confini espressamente ammessi dall'art. 1458 c.c.), sia quelli in cui, in realtà, l'evento risolutorio si limita, di fatto, a trasformare l'originario rapporto in una relazione sostanzialmente liquidatoria, in cui, cioè, le parti continuano ad essere astrette da obbligazioni, pur sempre disciplinate in base all'originario accordo contrattuale, ma ormai volte unicamente a chiudere la relazione instaurata con la stipulazione del contratto (si sono visti, in questo senso, i casi della locazione, rispetto all'obbligazione restitutoria del bene locato, e quello dell'appalto parzialmente eseguito, in cui permane l'obbligazione di pagare quanto fatto dall'appaltatore).

“Collegamento societario” e polisemie legislative

di Emiliano Marchisio

SOMMARIO: 1. Il tema delle “polisemie legislative” in generale. Polisemia del lemma “collegamento”. – 2. La nozione bilancistica, tra codice civile e IAS n. 28 – IASB. – 3. Le nozioni volte ad evidenziare la direzione unitaria delle società “collegate” o la loro riconducibilità ad un unico centro di interessi. La disciplina delle “parti correlate”. – 4. La nozione giuslavoristica di superamento dell’articolazione (fraudolenta o solo apparente) di una impresa in una pluralità di centri di imputazione dei rapporti di lavoro. – 5. Considerazioni conclusive: conseguenze applicative delle “polisemie legislative”.

1. Il tema delle “polisemie legislative” in generale. Polisemia del lemma “collegamento”

L’ordinamento conosce numerosi casi di polisemia o polivalenza semantica; casi, in altri termini, in cui una stessa parola viene utilizzata, in diversi contesti, come referente di significati differenti – talvolta *profondamente differenti*.

Ciò avviene, a titolo d’esempio, per le parole “impresa”¹ ed “azione”², oltre che per la parola “controllo”, che presenta un significato precettivo diverso a seconda che

¹ La parola “impresa”, nell’ordinamento vigente, rappresenta l’espressione riassuntiva di almeno *tre* fattispecie ben diverse tra loro. Da una parte, infatti, è attestata una nozione di “impresa” codicistica, contenuta in termini generali nell’art. 2082 cod. civ. e ulteriormente articolata dagli artt. 2083 (piccola impresa), 2135 (impresa agricola), 2195 (impresa commerciale), 2093 (impresa pubblica) cod. civ. Tale nozione è sistematicamente *funzionale all’applicazione degli “statuti codicistici dell’impresa”* (ed in particolare ad individuare le condizioni per l’applicazione dello statuto dell’impresa commerciale non piccola). Nella ricostruzione tradizionalmente attestata tale nozione *esclude* dal suo contenuto i professionisti intellettuali.

D’altra parte è attestata una nozione di “impresa” di provenienza comunitaria, che trova il suo principale referente normativo negli artt. 81 ss. del Trattato di Roma, *funzionale* all’obiettivo di impedire l’alterazione del funzionamento del mercato od a correggerne in senso proconcorrenziale le “disfunzioni”, nozione *«che conferisce rilevanza a tutte le entità che agiscono sul mercato, prescindendo dalla forma giuridica che rivestono»* (AGCM, Provvedimento del 18 novembre 1992, *Aici-Fiv*).

È attestata, poi, una terza nozione di “impresa”, funzionale all’applicazione della disciplina tributaria. Essa esclude i professionisti intellettuali (nella disciplina tributaria produttori di “redditi di lavoro autonomo”: art. 53, co. 1, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917) ma in talune ipotesi include al suo interno attività di natura agricola (art. 55, co. 1, d.p.r. 917/1986, *cit.*), così evidenziando una vistosa differenziazione rispetto alla nozione definita dall’art. 2195 cod. civ.

² Ed infatti “azione” è tanto la frazione del rapporto sociale di cui è titolare il socio (cfr. art. 2346 cod. civ.), tanto l’eventuale documento che incorpora tale frazione (cfr. art. 2354 cod. civ.). Ne sia prova che *«la par-*

sia utilizzata – tre sole per tutte – al fine di applicare la disciplina sull’acquisto delle azioni emesse dalla società controllante³; la disciplina di verifica della liceità concorrenziale delle operazioni di concentrazione⁴; la disciplina della *eterodirezione societaria* (c.d. “direzione e coordinamento”)⁵.

tecipazione sociale è rappresentata da azioni» ma «*salvo diversa disposizione di leggi speciali lo statuto può escludere l'emissione dei relativi titoli ...*» (art.2346, co. 1, cod. civ.) – il che è a dire che l’“azione” come frazione del rapporto sociale può ben sussistere indipendentemente dalla sua rappresentazione in una “azione” come documento rappresentativo di quel rapporto (cartaceo o informatico).

³ Cfr. art. 2359 cod. civ. e le definizioni ivi contenute di controllo interno di diritto, interno di fatto ed esterno. Come noto, la nozione di controllo di cui all’art. 2359 cod. civ. si vede attribuita la funzione di equiparare l’acquisto delle azioni della controllante da parte della controllata all’acquisto di azioni proprie; ciò per farne derivare l’applicazione delle regole limitative delle condizioni di acquisto, da una parte, e della regola di “sterilizzazione” del diritto di voto della società controllata nelle assemblee della controllante, dall’altra. Mette conto sottolineare la scelta di far discendere dal ricorrere della medesima fattispecie “controllo” l’applicazione di due (classi di) discipline volte alla tutela di interessi disomogenei: quello di porre rimedio ai rischi di “nullificazione” del patrimonio da una parte (Cfr. C. Pasteris, *Il controllo nelle società collegate e le partecipazioni reciproche*, Milano, Giuffrè, 1957, pp. 140 s.; F. Galgano e R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, II ed., in F. Galgano (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, t. I, Padova, Cedam, 2004, p. 140) e quello di impedire *distorsioni di ordine amministrativo* nella forma della «*acquisizione, da parte degli amministratori, di una posizione di potere personale*» (F. Galgano e R. Genghini, *Il nuovo diritto societario*, op. cit., pp. 144 s.; A. Pavone La Rosa, “Le società controllate. I gruppi”, in G.E. Colombo e G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, II, 2, Torino, 1991, p. 586).

⁴ Ad una interpretazione funzionale, la nozione di “controllo” di cui all’art. 7 l. 287/1990 deve considerarsi rilevante solo ai fini dell’applicazione della disciplina delle concentrazioni, così dovendosi riconoscere una «*pluralità di nozioni di controllo*» anche nel contesto della medesima legge *antitrust* (M. Notari, *La nozione di “controllo” nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 103 ss., nonché 227 ss.).

È ben vero che tale legge contiene un espresso rinvio all’art. 2359 cod. civ.; esso, tuttavia, deve intendersi riferito al solo *enunciato*, non certo alla *norma* che ne viene desunta in via interpretativa. E infatti la disposizione civilistica, specificamente destinata alla soluzione dei problemi dell’annacquamento del capitale e della cooptazione degli amministratori, acquista un contenuto precettivo ben diverso ove richiamata al fine dell’applicazione della disciplina ora in commento. E infatti, nel primo caso l’influenza cade sull’organizzazione, nel secondo sull’attività: i due aggettivi dell’influenza (dominante e determinante) sono, oltre che diversi, in realtà incommensurabili: così L. Schiuma, *Controllo, governo, partecipazione al capitale*, Padova, Cedam, 1997, p. 373. Sul riferimento all’attività cfr. l’art. 3, co. 2, Reg. 139/2004.

Anzi: il “controllo” di cui alla l. 287/1990 differisce, rispetto alla nozione civilistica sopra esaminata, anche in relazione alle parti coinvolte nella relazione, in particolare dal lato passivo. Infatti, poiché obiettivo della legge è il mantenimento di un assetto concorrenziale del mercato, nella disciplina delle concentrazioni «*assume rilevanza sia il controllo sull'impresa-imprenditore, sia il controllo sull'impresa-azienda*» (M. Notari, *La nozione di “controllo”*, cit., pp. 58 s.).

⁵ La nozioni di “controllo” di cui all’art. 2497 *sexies* cod. civ., seppure fondata sul richiamo alla disposizione di cui all’art. 2359 cod. civ., assolve, in tale contesto, a funzioni ben diverse da questa ultima. A titolo d’esempio, uno per tutti, può pensarsi alla definizione dei requisiti soggettivi dell’ente “controllante”. Evidentemente la norma ricavabile dalla lettura dell’art. 2359 cod. civ. *nel suo contesto originario* non consente di ritenervi inclusa come società “controllante” una società di persone: è infatti chiaro che la *norma*, nel suo contesto originario, è chiamata a scongiurare il rischio di “nullificazione” del capitale sociale e della “insincerità” dell’organizzazione corporativa e perciò *presuppone che l’ente controllante sia esposto a tali rischi*: sia, cioè, una società di capitali organizzata secondo il modello “plutocratico”, in cui

Il problema delle polisemie è ben noto alla giurisprudenza teorica e pratica, che correttamente ritengono che *l'omonimia* (l'utilizzo della stessa parola) presente in disposizioni differenti non faccia conseguire per ciò solo la *sinonimia* normativa – cioè la persistenza semantica nei diversi usi che della medesima parola fa il legislatore.

Al contrario, l'interpretazione del contenuto della fattispecie *segue*, e non precede, l'interpretazione della *disciplina che vi si applica*, donde l'uguaglianza di significato di parole eguali in contesti diversi è tutta da dimostrare, sulla base delle funzioni di tali parole rispetto alle discipline conseguentemente applicabili⁶.

Deve prendersi atto che anche il lemma “collegamento” presenta, nell'ordinamento nazionale, una pluralità di significati. Essi, come si dirà meglio nel corso delle presenti notazioni, sono tra loro profondamente differenti – e, dunque, inidonei a rischiare l'uno il contenuto precettivo dell'altro.

Ad unificare i molteplici significati si rinviene, al vertice ed in linea per ora generalissima, l'esistenza di una relazione tra le società “collegate” ed un conseguente affievolimento dello schermo societario – nel senso che le società tra loro collegate sono, ad alcuni fini, considerate come parte di una integrazione industriale; ad altri fini considerate unitariamente al fine della imputazione di una posizione di mercato; ad altri fini ancora, addirittura, come un'unica iniziativa economica *fraudolentemente articolata* in una pluralità di centri di imputazione.

Tali significati possono essere funzionalmente raggruppati, al vertice, in tre classi. Al variare della classe di *significato*, mette conto accennarlo sin da ora, è riscontrabile una variazione anche della *struttura* della nozione di “collegamento societario”, vale a dire: le sue caratteristiche di relazionalità (unilateralità o reciprocità), di durata (discontinuità o stabilità), di trasmissibilità (transitività o intransitività), di effettività (potenzialità o effettività in senso stretto).

il governo si ricollega all'entità della partecipazione (c.d. proporzionalità tra potere e rischio) (A. Pavone La Rosa, “Le società controllate. I gruppi”, in G.E. Colombo e G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, II, 2, Torino, 1991, pp. 589 s.; L. Schiuma, *Controllo, governo*, cit., *passim* ma spec. pp. 156 segg.).

Una interpretazione *funzionalmente orientata* pretende, tuttavia, che le disposizioni richiamate siano spogliate del vincolo contestuale originario e vengano interpretate valorizzandone il potenziale applicativo nel *nuovo contesto* della disciplina dell'eterodirezione: il profilo attinente la definizione degli antecedenti di fatto al ricorrere dei quali un ente, quale che sia, si veda attribuita la *possibilità di esercitare un potere di eterodirezione su di un'ente metaindividuale in ragione dell'idoneità alla nomina e revoca dei preposti all'ufficio di amministrazione* (L. Schiuma, *Controllo, governo*, cit., pp. 133 ss., nonché N. Rondinone, *I gruppi di imprese fra diritto comune e diritto speciale*, Milano, Giuffrè, 1999, pp. 136 ss., spec. 185 ss.).

⁶ G. Oppo, “L'impresa come fattispecie”, cit., pp. 109 ss.; P. Spada, “Note sull'argomentazione”, cit., p. 2270; P. Spada, voce “Impresa”, cit., p. 39; F. D'Alessandro, *Persone giuridiche e analisi del linguaggio*, Padova, Cedam, 1989, p. 108 (cfr. altresì Id., “Persone giuridiche e analisi del linguaggio”, in *Studi in memoria di Tullio Ascarelli*, vol. I, Milano, Giuffrè, 1969).

2. La nozione bilancistica, tra codice civile e IAS n. 28 – IASB

Tanto premesso, può osservarsi che un primo significato del lemma “collegamento” si rinviene nell’art. 2359 cod. civ., nel quale sono considerate collegate *«le società sulle quali un’altra società esercita un’influenza notevole»*.

Tale nozione di “collegamento” assolve alla funzione di considerare le partecipazioni societarie *veicolanti il collegamento stesso* non più esclusivamente come *beni di investimento in sé* ma, piuttosto, come *beni, rappresentativi di una partecipazione in una impresa*.

2.1. Siffatta riconsiderazione della partecipazione societaria determina conseguenze, innanzitutto, in tema di bilancio, laddove consente l’applicazione di un diverso criterio di valutazione della partecipazione societaria.

La legge stima che la partecipazione sufficiente a costituire un rapporto di collegamento sia destinata ad essere utilizzata durevolmente⁷ e, dunque, presenti una *funzione economica imprenditoriale in relazione all’impresa esercitata dalla società collegata*.

Se la partecipazione, da *bene in sé*, annoverabile tra gli investimenti finanziari, diviene passibile di valutazione *come rappresentativa di una impresa che si qualifica come “bene di secondo grado”*⁸, ne consegue che la rappresentazione contabile del valore di tale partecipazione non tanto e non solo deve basarsi sul costo di acquisto ma, piuttosto, sulla frazione avente al numeratore il valore patrimoniale complessivo della società (cioè il “bene primario”) ed al denominatore la percentuale di partecipazione nella società.

Ai sensi dell’art. 2424 *bis*, co. 2, cod. civ., conseguentemente, *«le partecipazioni in altre imprese in misura non inferiore a quelle stabilite dal terzo comma dell’art. 2359 si presumono immobilizzazioni»*⁹ anziché attivo circolante¹⁰.

Le partecipazioni in imprese collegate sono indicate, pertanto, in una posta di bilancio dell’attivo dello stato patrimoniale (B.III.1.d) diversa da quella che ospita le partecipazioni non immobilizzate (C.III.2)¹¹. Ciò determina conseguenze di non poco momento:

- a. se di principio devono essere iscritte al costo di acquisto, il codice ammette pure che il valore di iscrizione a bilancio rispecchi l’effettivo “valore economico” della società partecipata, consentendo, facoltativamente, l’iscrizione delle participa-

⁷ Cfr. art. 2424 *bis*, co. 1, cod. civ.

⁸ G.E. Colombo, “Commento a Trib. Bologna, 22 dicembre 1999”, *Società*, 2000, 875.

⁹ Cfr. stato patrimoniale, attivo, B.III.1.d.

¹⁰ Cfr. stato patrimoniale, attivo, C.III.2.

¹¹ Cfr. sul tema, l’art. 2424 cod. civ.

- zioni immobilizzate per un importo pari alla corrispondente frazione del patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio della società partecipata¹²;
- b. il valore di costo delle partecipazioni iscritte a bilancio deve essere adeguato, in ogni caso, al valore effettivo delle partecipazioni stesse quando questo risulta «*durevolmente inferiore*» al primo. Nel caso delle partecipazioni immobilizzate, tuttavia, con “valore effettivo” si intende il valore pari alla corrispondente frazione di patrimonio netto risultante dall'ultimo bilancio della società partecipata (così, nuovamente, riferendo il “valore” della partecipazione al “valore” patrimoniale della società partecipata)¹³;
- c. le partecipazioni immobilizzate devono essere elencate nella nota integrativa, fornendo tutte le informazioni necessarie ad identificare univocamente la società partecipata ed il suo valore patrimoniale¹⁴.

2.2. La disciplina del bilancio prevede un rilievo del “collegamento” ulteriore rispetto ai profili della appostazione a bilancio delle relative partecipazioni.

È il caso:

- a. della indicazione, nella nota integrativa, dei rapporti con le imprese collegate¹⁵, al fine di consentire a tale documento di rispecchiare una «*analisi fedele, equilibrata ed esauriente della situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione, nel suo complesso e nei vari settori in cui essa ha operato ... nonché una descrizione dei principali rischi e incertezze cui la società è esposta*» ed il principio di coerenza «*con l'entità e la complessità degli affari della società*»¹⁶. Anche in tal caso la disciplina presuppone che l'esistenza di una partecipazione di collegamento renda la società partecipata, in un certo senso, anche imprenditorialmente connessa alla società partecipante;
- b. dell'obbligo di deposito presso la sede della società, nei quindici giorni che precedono l'assemblea di approvazione del bilancio, di un «*prospetto riepilogativo dei*

¹² Cfr. art. 2426, co. 1, nn. 1 e 4, cod. civ.

Le partecipazioni iscritte all'attivo circolante, al contrario, non consentono di traslare nel bilancio della società partecipante il valore patrimoniale della società partecipata e la loro iscrizione deve avvenire solo ed esclusivamente al valore di costo – nell'ambito del quale esse sono contabilmente considerate al pari di beni fungibili e, pertanto, il relativo costo è calcolato con il metodo della media ponderata ovvero FIFO o LIFO: art. 2426, co. 1, n. 10, cod. civ.

¹³ Cfr. art. 2426, co. 1, n. 3, cod. civ.

Nel caso delle partecipazioni iscritte all'attivo circolante, al contrario, il “valore effettivo” è commisurato esclusivamente al valore di scambio della *res* “partecipazione” (cfr. art. 2426, co. 1, n. 9, cod. civ.).

¹⁴ Cfr. art. 2427, co. 1, n. 5, cod. civ., che richiede l'indicazione della denominazione della società partecipata, la sua sede, il capitale, l'importo del patrimonio netto, l'utile o la perdita dell'ultimo esercizio, la quota posseduta ed il valore attribuito in bilancio o il corrispondente credito.

¹⁵ Art. 2428, co. 3, n. 2, cod. civ.

¹⁶ Art. 2428, co. 1 e 2, cod. civ.

*dati essenziali dell'ultimo bilancio delle società collegate*¹⁷. Anche in tal caso l'informazione ha evidente riguardo alla necessità di integrare l'informazione riguardante la singola società con l'informazione riguardante imprese la connessione con le quali è tale da renderle *partner* imprenditoriali.

2.3. La medesima logica di rappresentazione delle partecipazioni in società "collegate" come aventi una funzione economica imprenditoriale in relazione all'impresa esercitata dalle società collegate stesse (e, dunque, espressive di *una impresa che si qualifica come "bene di secondo grado"*) presiede alla disciplina della contabilizzazione delle partecipazioni in società collegate definita nello IAS n. 28 – IASB.

Sia consentito, in questa sede, limitare l'esame di tale principio contabile ai seguenti, sintetici, cenni:

- a. la disciplina non si applica alle partecipazioni in società collegate acquisite non per finalità di integrazione economica ma di investimento finanziario¹⁸ – tanto è vero che, al contrario, *"le partecipazioni in società collegate valutate con il metodo del patrimonio netto devono essere classificate come attività non correnti"*¹⁹;
- b. la definizione di società collegata è riferita alla titolarità di una *"influenza notevole"* in sé insufficiente a conferire la posizione di "controllo", esclusa la partecipazione in *joint ventures*; l'"influenza notevole", a sua volta, è definita come il *"potere di partecipare alla determinazione delle politiche finanziarie e gestionali della partecipata senza averne il controllo o il controllo congiunto"*²⁰;
- c. l'influenza notevole si presume quando la partecipante detenga una partecipazione pari al 20% o più *"dei voti esercitabili nell'assemblea della partecipata"* (inclusi, entro certi limiti, i cc.dd. "voti potenziali"²¹), ferma restando la prova contraria (sia dell'influenza notevole nonostante una partecipazione sotto soglia sia dell'assenza di influenza notevole nonostante una partecipazione sopra soglia)²² – tanto è vero che la perdita della influenza dominante può avvenire *"senza cambiamenti nei livelli di proprietà assoluta o relativa"* delle partecipazioni sociali²³;

¹⁷ Cfr. art. 2429, co. 3, cod. civ.

¹⁸ È il caso delle partecipazioni detenute da società di investimento in capitale di rischio o fondi comuni, fondi d'investimento ed entità simili: IAS n. 28, § 1.

¹⁹ IAS n. 28, § 38.

²⁰ IAS n. 28, § 2.

²¹ IAS n. 28, §§ 8-9, 12.

²² IAS n. 28, § 6.

²³ IAS n. 28, § 10. Si nota, per inciso, che in caso di perdita della influenza notevole, *"l'investitore deve valutare al fair value (valore equo) qualsiasi partecipazione mantenuta nella ex società collegata"* (IAS n. 28, § 18).

- d. l'esistenza di una influenza notevole viene, "*solitamente segnalata dal verificarsi*" delle circostanze indicate, quali (i) la rappresentanza della partecipante nel consiglio di amministrazione della partecipata, (ii) la partecipazione della prima nel processo decisionale della seconda, (iii) la presenza di "*operazioni rilevanti*" tra le medesime, (iv) l'interscambio di personale dirigente e (v) la messa a disposizione tra le due di "*informazioni tecniche essenziali*"²⁴;
- e. la partecipazione in una società collegata deve essere appostata a bilancio mediante il metodo del "patrimonio netto"²⁵, dal momento "*in cui essa rientra nella definizione di collegata*"²⁶, salvo che la partecipazione sia "*posseduta per la vendita*" (e dunque non sia detenuta a fini di integrazione economica ed industriale) ovvero ricorrano le altre ragioni di esenzione previste²⁷;
- f. il rapporto di collegamento sussiste non solo in relazione alle partecipazioni detenute direttamente dalla società partecipante ma anche dalle partecipazioni detenute, indirettamente, dalle società da questa controllate, mentre il rapporto di collegamento non si propaga indirettamente mediante altre società collegate²⁸;
- g. l'esistenza di un rapporto di collegamento impone che debbano essere fornite, in sede di redazione del bilancio, informazioni aggiuntive, tra le quali (i) il *fair value*²⁹ delle partecipazioni in società collegate per le quali si disponga di quotazioni ufficiali dei prezzi, (ii) un riepilogo dei dati economico-finanziari di bilancio delle società collegate, all'uopo conteggiando separatamente quelle non valutate con il metodo del patrimonio netto³⁰.

2.4. Alla luce della disciplina applicabile, la nozione di "influenza notevole", di cui il "collegamento" rappresenta il referente, viene comunemente interpretata in contrappunto a quella di "influenza dominante", che rappresenta invece il

²⁴ IAS n. 28, § 7.

²⁵ Il che vale a dire: mediante la rilevazione iniziale al costo e la conseguente diminuzione o aumento del valore contabile "*per rilevare la quota di pertinenza della partecipante degli utili o delle perdite della partecipata realizzati dopo la data di acquisizione*": IAS n. 28, § 11, ove, conseguentemente, si precisa che "*i dividendi ricevuti da una partecipata riducono il valore contabile della partecipazione*".

²⁶ IAS n. 28, § 23.

²⁷ IAS n. 28, § 13. Le partecipazioni "*possedute per la vendita*" devono essere contabilizzate in conformità dell'IFRS n. 5, relativo a "*Attività non correnti possedute per la vendita e attività operative cessate*".

²⁸ Né mediante partecipazioni detenute in *joint venture*: IAS n. 28, § 21.

²⁹ Una autorevole definizione di *fair value* si rinviene proprio nei principi contabili internazionali IAS/IFRS: "*il corrispettivo al quale un'attività può essere scambiata, o una passività estinta, tra parti consapevoli e disponibili, in una transazione tra terzi indipendenti*". La nozione, all'evidenza, è destinata a definire un criterio idoneo a esprimere il valore potenziale di un elemento patrimoniale sulla base del valore cui esso, in termini oggettivi ed indipendenti dai contraenti, può essere scambiato, tenendo in considerazione, ai fini della definizione, tanto le condizioni di mercato che le (eventuali) peculiarità dell'elemento patrimoniale di cui trattasi.

³⁰ IAS n. 28, § 37.

rapporto cui fa riferimento la nozione di “controllo”. In tal senso, si sostiene che il collegamento denota l’ipotesi di partecipazione tra società bensì inidonea a determinare in positivo le strategie della società partecipata, ma tuttavia sufficiente ad attribuire al suo titolare un rilievo nei processi decisionali grazie ai quali si sviluppa l’attività sociale³¹.

Il “collegamento”, pertanto, è definibile come un potere di fatto di una società su un’altra società di natura simile, ma di intensità ridotta, rispetto al “controllo”, e consiste nell’esercizio di una influenza significativa sull’assemblea ordinaria, sugli organi gestori e sull’assemblea straordinaria³².

Si ritiene, poi, ammissibile un rapporto di collegamento plurimo qualora due o più società siano, ciascuna, in grado di influenzare in misura notevole la gestione della società partecipata – anche in virtù di apposite clausole statutarie o di accordi parasociali^{33 34}.

³¹ Così G. Guizzi, “Partecipazioni e gruppi di società”, in AA.VV., *Diritto delle società – Manuale Breve*, II ed., Milano, Giuffrè, 2005, p. 337. Evidenzia la uguale natura del collegamento rispetto al controllo ma la sua minore intensità D.U. Santosuosso, “Sul collegamento societario nell’ambito dei poteri di fatto di società su società”, *Giur. comm.*, 2002, I, p. 714.

³² D.U. Santosuosso, “Sul collegamento societario nell’ambito dei poteri di fatto di società su società”, *Giur. comm.*, 2002, I, p. 718.

A tal fine è utile richiamare le “circostanze” al ricorrere delle quali lo IAS n. 28 – IASB, § 7, ritiene “*solitamente segnalata*” la ricorrenza del collegamento, circostanze già menzionate *supra*, nella nota n. 25 e nel testo cui si riferisce.

³³ D.U. Santosuosso, “Sul collegamento societario nell’ambito dei poteri di fatto di società su società”, *Giur. comm.*, 2002, I, p. 716.

³⁴ Al proposito, proseguendo con la trattazione del collegamento in contrappunto al rapporto di controllo, deve osservarsi come, prima della riforma delle società di capitali e cooperative introdotta con il d. lgs. 6/2003, fosse posizione maggioritaria quella che interpretava il “controllo” come relazione naturalmente “solitaria”. Per tale posizione, a tutt’oggi maggioritaria, cfr. tra i molti: G. Benessia, “*Società controllate e società collegate*” in N. Abriani e M. Stella Richter (a cura di), *Codice commentato delle Società*, Torino, Utet, 2010, p. 770; A. Gambino-D.U. Santosuosso, *Società di capitali*, II, Torino, Utet, 2006, p. 74; M. Miola, *Società quotate, controlli esterni e gruppi di società*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 48; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, 6 ed., a cura di M. Campobasso, Torino, 2006, p. 292; G. Presti-M. Rescigno, *Corso di diritto commerciale*, II, Società, Bologna, Zanichelli, 2005, p. 317.

L’opinione contraria, tutt’oggi minoritaria, è sostenuta, in modo particolare, da Vincenzo Cariello, da ultimo in Id., “Dal controllo congiunto all’attività congiunta di direzione e coordinamento di società”, *Riv. soc.*, 2007, pp. 1 ss. Secondo tale Autore, non sarebbe possibile ricostruire unitariamente la nozione di “controllo” ma, al contrario, ciascuna fattispecie di “controllo” deve dipendere “*dal senso e dallo scopo o dagli scopi di tutela della disciplina in relazione alla quale l’interrogativo di tale rilevanza sia sollevato*”. Non è questa, ovviamente, la sede per affrontare tale questione. Sia solo consentito manifestare, in principio, l’adesione all’approccio metodologico *analitico* e tutto *normativo* proposto – nonostante non si ritenga, poi, nel merito di condividere tutte le conseguenze cui quell’Autore perviene.

Si noti, incidentalmente, che oggi la astratta configurabilità di una influenza dominante detenuta da più soggetti è prevista dall’art. 2341 *bis*, co. 1, lett. c, cod. civ., in materia di patti parasociali. Coerentemente con le convinzioni manifestate nel testo, si ritiene che tale disposizione debba essere interpretata limitata-

L'influenza notevole, che trova la sua definizione principale (in riferimento all'uso di cui si tratta ora) nell'art. 2359, co. 3, cod. civ., *si presume* quando un soggetto sia in grado di esercitare, singolarmente, un quinto dei voti nell'assemblea ordinaria della società partecipata – un decimo se la società è quotata in mercati regolamentati³⁵. Tale presunzione di collegamento è *semplice*³⁶, donde il collegamento può essere ricavato anche da circostanze diverse³⁷ (si ritiene, ad esempio, che il collegamento possa derivare da relazioni contrattuali al pari di quanto avviene per il controllo³⁸), può ricorrere anche in presenza di una partecipazione inferiore a quelle indicate dalla legge³⁹ e la sua ricorrenza deve essere accertata in concreto caso per caso⁴⁰.

Strutturalmente, il “collegamento” disciplinato dall'art. 2359 cod. civ. si caratterizza per essere, innanzitutto, *unilaterale*, nel senso che la relativa disciplina si applica solo alla società che esercita l'influenza notevole, non anche a quella che tale influenza subisce⁴¹. Esso può essere *episodico o discontinuo* (così differenziandosi dal controllo definito nel medesimo art. 2359), con il solo limite della mera occasionalità⁴², e non è mai *transitivo*, nel senso che il collegamento è una relazione che può intercorrere solo tra

mente alle finalità che le sono proprie e non possa valere (perché *non può valere*) a fornire materiale ricostruttivo utile per l'interpretazione di *altre* nozioni di “controllo” – salvo, ovviamente, che tali altre nozioni non presuppongano esigenze di tutela simili e, su tale base, non consentano (ma allora, in ipotesi, *autonomamente*) di dare rilievo ad ipotesi di influenza dominante *congiunta*.

Le stesse considerazioni valgono anche in relazione alla nozione di “controllo congiunto” contenuta nel principio contabile IAS n. 28, esaminato *supra* nel testo (cfr. § 2.3), che consiste, ai fini dell'applicazione del medesimo principio, nel “*la condivisione, stabilita contrattualmente, del controllo su un'attività economica*” che “*esiste unicamente quando per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo*”.

³⁵ Art. 2359, co. 3, in fine, cod. civ.

³⁶ D.U. Santosuosso, “Sul collegamento societario nell'ambito dei poteri di fatto di società su società”, *Giur. comm.*, 2002, I, p. 715; G. Lo Cascio, “Azioni, società collegate e controllate, assemblee”, in Id. (a cura di), *La riforma del diritto societario*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 221.

³⁷ F. Ferrara jr e F. Corsi, *Gli imprenditori e le società*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 802.

³⁸ Su tale ipotesi, definita di “collegamento esterno”, cfr. M. Notari, *La nozione di «controllo» nella disciplina antitrust*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 162.

³⁹ F. Di Sabato, *Diritto delle società*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 564; A. Pavone La Rosa, “Le società controllate. I gruppi”, in G.E. Colombo e G.B. Portale (a cura di), *Trattato delle società per azioni*, Torino, Utet, 1999, p. 588, che (analogamente a quanto avviene nella ricostruzione del concetto di controllo interno di fatto) ritengono ricorrere la fattispecie quando una partecipazione di dimensioni ridotte consente comunque di veicolare una “influenza notevole” in ragione della ricorrenza di elementi di fatto quali l'assenteismo dei soci in assemblea.

⁴⁰ D.U. Santosuosso, “Sul collegamento societario nell'ambito dei poteri di fatto di società su società”, *Giur. comm.*, 2002, I, p. 715; G. Frè e G. Sbisà, Commento all'art. 2359 cod. civ., in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, VI ed., Bologna, Zanichelli, 1997, p. 500.

⁴¹ G. Frè e G. Sbisà, Commento all'art. 2359 cod. civ., in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, VI ed., Bologna, Zanichelli, 1997, p. 499.

⁴² D.U. Santosuosso, “Sul collegamento societario nell'ambito dei poteri di fatto di società su società”, *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 715 e 721.

due società e non, a catena, tra società rispettivamente l'una collegata alla successiva⁴³. Esso, infine, non sembra poter essere solo potenziale: ammettendosi la prova contraria, *o vi è in concreto l'esercizio di influenza notevole ovvero non vi è "collegamento"*.

3. Le nozioni volte ad evidenziare la direzione unitaria delle società "collegate" o la loro riconducibilità ad un unico centro di interessi. La disciplina delle "parti correlate"

La nozione di "collegamento" non è utilizzata, nel nostro ordinamento, solo al fine di dare evidenza informativa, nel linguaggio dei conti, di rapporti idonei a veicolare l'influenza notevole di una società su un'altra e, dunque, rapporti tendenzialmente espressivi di cooperazione di natura imprenditoriale.

In alcuni ambiti normativi, al contrario, essa assolve alla funzione di evidenziare la comune soggezione di società "collegate" alla eterodirezione di una terza società od ente – o, comunque, ad evidenziare la *permeabilità* (in taluni casi anche solo potenziale) delle società "collegate" alla gestione o comunque agli interessi economici di un unico *maître des affaires*.

In taluni utilizzi normativi la nozione di collegamento è funzionale, addirittura, ad evidenziare lo stesso rapporto di soggezione tra le imprese identificate come "collegate". È il caso della Comunicazione della Commissione Europea sugli accordi cc.dd. "*de minimis*"⁴⁴. Tale comunicazione prevede che la disciplina destinata ai soggetti qualificati come "impresa", "parte dell'accordo", "distributore", "fornitore" e "acquirente" debba imputarsi, congiuntamente con tali soggetti, anche alle *«imprese a questi rispettivamente collegate»*⁴⁵ e, a tal fine, comprende nella nozione di "imprese collegate" anche le imprese rispettivamente titolari della maggioranza dei diritti di voto, del potere di nominare più della metà dell'organo amministrativo o comunque del *«diritto di gestire gli affari dell'impresa»*⁴⁶. Tale

⁴³ G. Figà Talamanca, "Direzione e "proprietà transitiva" del controllo di società", *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 339; G. Frè e G. Sbisà, Commento all'art. 2359 cod. civ., in F. Galgano (a cura di), *Commentario del codice civile Scialoja – Branca*, VI ed., Bologna, Zanichelli, 1997, p. p. 500.

⁴⁴ Comunicazione della Commissione relativa agli accordi di importanza minore che non determinano restrizioni sensibili della concorrenza ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, del trattato che istituisce la Comunità europea (*de minimis*) (2001/C 368/07).

⁴⁵ Art. 12, co. 1, Comunicazione *de minimis*.

⁴⁶ Art. 12, co. 2, Comunicazione *de minimis*, a mente del quale sono imprese collegate:

- a. le imprese nelle quali una parte dell'accordo detiene, direttamente o indirettamente:
 - il potere di esercitare più della metà dei diritti di voto, o
 - il potere di nominare più della metà dei membri del consiglio di vigilanza o di amministrazione o degli organi che rappresentano legalmente l'impresa, o
 - il diritto di gestire gli affari dell'impresa;

nozione, di origine comunitaria, in parte corrisponde alla nozione interna di “controllo” e, dunque, rappresenta più un “abuso” che non un “uso” del lemma “collegamento” nell’ordinamento. Non interessa, pertanto, in questa sede, occuparsene.

Diversamente, la nozione di “collegamento” è utilizzata, in modo più pertinente, per identificare enti soggetti alla medesima eterodirezione, talvolta anche solo in senso potenziale, *ma non in un rapporto di soggezione l’una all’(eterodirezione dell’) altra* (questa seconda fattispecie essendo più precisamente da qualificare, come notato, quale relazione di “controllo”).

Tale utilizzo normativo, pertanto, rappresenta una *tecnica che consente la considerazione congiunta di enti formalmente distinti che, tuttavia, sono soggetti alla comune eterodirezione da parte di un medesimo centro di comando*.

L’uso normativo di cui trattasi si rinviene, ad esempio, nella disciplina *antitrust*, laddove la comune soggezione all’attività di eterodirezione di una società ovvero di un ente serve ad identificare i confini della c.d. *single economic unit*⁴⁷ (vale a dire: dell’articolazione soggettiva dell’iniziativa economica facente capo al medesimo *maître des affaires*⁴⁸) e, a titolo d’esempio, a qualificare come lecita l’intesa intercor-

-
- b. le imprese che, direttamente o indirettamente, detengono nei confronti di una delle parti dell’accordo i diritti o i poteri elencati alla lettera a);
 - c. le imprese nei confronti delle quali un’impresa di cui alla lettera b) detiene, direttamente o indirettamente, i diritti o i poteri elencati alla lettera a);
 - d. le imprese nelle quali una parte dell’accordo insieme con una o più imprese di cui alle lettere a), b) e c), oppure due o più imprese di cui alle lettere a), b) e c) detengono congiuntamente i diritti o i poteri di cui alla lettera a);
 - e. le imprese nelle quali i diritti o i poteri di cui alla lettera a) sono detenuti congiuntamente:
 - dalle parti dell’accordo o dalle rispettive imprese collegate ai sensi delle lettere da a) a d), o
 - da una o più parti dell’accordo, oppure da una o più imprese ad esse collegate ai sensi delle lettere da a) a d) e da una o più imprese terze.

⁴⁷ Per una rassegna della giurisprudenza statunitense e comunitaria cfr. F.M. Mucciarelli, “Accordi intra-gruppo e divieto d’intese anticoncorrenziali”, che si legge in http://amsacta.cib.unibo.it/archive/00002134/01/Intese_intragruppo.pdf.

⁴⁸ Provvedimento A24 – APCA/COMPAG (chiusura istruttoria), n. 588 del 6 luglio 1992, in *Boll.*, 13/1992; Provvedimento A49 – POZZUOLI FERRIES/GRUPPO LAURO (avvio istruttoria), n. 1902 del 12 aprile 1994, in *Boll.*, 15/1994; Provvedimento I124 – RAFFINERIA DI ROMA/FINA ITALIANA/ERG PETROLI/MONTESHELL (avvio istruttoria), n. 2941 del 6 aprile 1995, in *Boll.*, 14/1995; Provvedimento I474 – AZIENDE DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE-PETROLIERI (avvio istruttoria), n. 9576 del 30 maggio 2001, in *Boll.*, 22/2001; Provvedimento C3156C – COSTRUZIONI ELETTROMECCANICHE ASCENSORI MONTACARICHI-OTIS/VARIE SOCIETÀ (chiusura istruttoria), n. 6961 del 11 marzo 1999, in *Boll.*, 10/1999; Provvedimento I474 – AZIENDE DI TRASPORTO PUBBLICO LOCALE-PETROLIERI (chiusura istruttoria), n. 11726 del 20 febbraio 2003, in *Boll.*, 8/2003; Provvedimento I328 – LATTE ARTIFICIALE PER NEONATI (chiusura istruttoria), n. 8087 del 2 marzo 2000, in *Boll.*, 9/2000.

rente tra imprese “collegate”⁴⁹ nonché ad imputare a tutte le imprese “collegate” la posizione dominante⁵⁰.

⁴⁹ È illecita solo l'intesa intercorrente tra imprese (precedentemente) *indipendenti sul mercato* (Cfr. M. Panucci, “Le intese”, in G. Ghidini et al., *L'antitrust italiano. Le regole della concorrenza*, Milano, Il Sole 24 Ore, 2003, p. 4.). L'assenza di autonomia nel determinare il comportamento sul mercato da parte di due o più società, infatti, esclude la possibilità che un accordo tra loro intercorrente possa determinare una restrizione della concorrenza sul mercato rilevante (AGCM, provv. *Fremura/Ferrovie dello Stato*, Boll. n. 18-19/1993; provv. *Pozzuoli Ferries/Gruppo Lauro*, Boll. n. 42/1994. Sul requisito dell’“autonomia” delle imprese al fine di considerare illecita l'intesa tra queste intercorrente cfr. anche AGCM, *Relazione annuale del 1994*. Tra gli altri cfr. M. Notari, *La nozione di «controllo»*, cit., p. 117; N. Rondinone, *I gruppi*, cit., p. 842).

Come è chiaro, la definizione di legame sufficiente e necessario ad escludere l'illiceità dell'intesa è di natura funzionale, e mirato a verificare se l’“accordo” di cui si discute rappresenta l'esercizio da parte della capogruppo del potere di direzione e coordinamento nei confronti delle società di gruppo ovvero una tecnica di coordinamento di soggetti in precedenza indipendenti. Oggetto di scrutinio da parte dell'Autorità, e oggetto di prova contraria da parte delle imprese in sede di impugnazione della decisione, è pertanto la presenza di autonomia delle componenti del gruppo rispetto alla capogruppo (Corte Giust. CE, 4 maggio 1988, causa C-30/87, *Corinne Bodson c Pompes Funèbres*, Racc. 1988, p. 2479; nonché Corte Giust. CE, 11 aprile 1989, causa C-66/86, *Ahmed Saeed c. Centrale*, Racc. 1989, p. 803). La ricostruzione sopra riportata non esclude che possa essere definita illecita una intesa intercorrente tra soggetti appartenenti ad una aggregazione che, per l'applicazione di altre regole, potrebbe definirsi “gruppo”, e ciò in tutti quei casi in cui le imprese «perseguano proprie strategie indipendentemente dalla capogruppo» (M. Panucci, “Le intese”, in G. Ghidini et al., *L'antitrust italiano*, cit., nota 13 a p. 5).

⁵⁰ Il divieto previsto all'art. 3 della l. 287/1990, come noto, ha ad oggetto la condotta *concorrenzialmente indesiderabile* «di una o più imprese» titolari di un particolare potere di mercato.

Il divieto di porre in essere le condotte esemplificativamente elencate dalla disposizione in esame non intende proibire attività o atti in sé e per sé considerati. Al contrario, l'illiceità dei medesimi è *indissolubilmente legata alla circostanza che l'impresa che li adotta sia titolare di un certo potere di mercato*: è, infatti, dalla posizione di forza che discendono sull'impresa che la detiene speciali obblighi a garanzia della concorrenzialità del mercato rilevante [l'impresa titolare di una posizione dominante su un determinato mercato si vede imposti obblighi particolari verso quel mercato, e ciò tanto più quanto maggiore è il potere di mercato derivante dalla posizione dominante, fino ad arrivare al caso estremo della c.d. “super-dominanza” (cfr. l'Avvocato Generale Fennelly nel caso *Compagnie Maritimes Belge*, cause C-395 e 396/96, in *Racc.*, 2000, I, p. 1365)].

Se questa è la premessa, è evidente che la preoccupazione della disciplina di cui si discute attiene necessariamente al concreto assetto di potere sul mercato rilevante, e ciò indipendentemente dalla *tecnica mediante la quale il potere in questione, unitariamente esercitato, è suddiviso tra enti formalmente differenti*. Altrettanto evidente, allora, è che la *permeabilità* tra le società appartenenti ad un gruppo, riconosciuta come fonte legittima di direzione e coordinamento, implica la loro considerazione unitaria ai fini della definizione degli assetti di potere sul mercato. Lo stesso principio che consente di escludere l'illiceità dell'intesa intercorrente tra le società soggette alla medesima attività di direzione, in quanto non indipendenti, impone di considerare le quote di mercato detenute dalle società appartenenti al gruppo come frazioni di un'unica quota di mercato del “gruppo” (imputata, ovviamente, non al gruppo in sé, che non è mai centro di imputazione della disciplina che lo riguarda, ma alle società che vi appartengono).

Similmente deve ragionarsi quanto all'altro elemento centrale della fattispecie, vale a dire: il compimento di un atto “abusivo”. E, infatti, è di immediata evidenza che la commisurazione della posizione dominante sul perimetro del gruppo impone la qualifica come illecita della condotta abusiva posta in essere da ciascun ente appartenente al medesimo – ove in concreto ne ricorrano i requisiti, e in particolare la condotta rappresenti uno sfruttamento di quel potere.

Nei settori regolati può citarsi il caso dell'art. 20 d. lgs. 164/2000, a mente del quale le società che svolgono le attività di trasporto e dispacciamento di gas naturale, che gestiscono impianti di liquefazione o rigassificazione di GNL, e le imprese di distribuzione e di stoccaggio di gas naturale sono tenute a mantenere il segreto sulle «*informazioni commercialmente sensibili acquisite da altre imprese nel corso dello svolgimento delle loro attività*»⁵¹ – e ciò essenzialmente a tutela dell'interesse concorrenziale della parte che tali informazioni ha concesso per accedere all'infrastruttura essenziale⁵² a mantenerle riservate.

La legge precisa che l'uso "per conto proprio" di informazioni acquisite da terzi, vietato, include anche l'ipotesi della comunicazione ad una diversa società di gruppo («*anche da parte di imprese controllate, controllanti o collegate*») dell'informazione medesima, al fine di avvalersene "a proprio vantaggio" (a vantaggio del gruppo, diremmo)⁵³. Il medesimo utilizzo della nozione di "collegamento" è attestato nella regola che vieta ai medesimi soggetti sopra ricordati la discriminazione tra gli utenti del sistema, «*in particolare a favore di imprese loro collegate*»⁵⁴.

Parimenti, la nozione di "società collegata" è utilizzata come tecnica di imputazione unitaria nella disciplina per la quale i soggetti esercenti attività televisiva in ambito nazionale attraverso più di una rete non possono, prima del 31 dicembre 2010, acquisire partecipazioni in imprese editrici di giornali quotidiani o partecipare alla costituzione di nuove imprese editrici di giornali quotidiani – e anche in tal caso la disposizione si premura di specificare che il divieto si applica «*anche alle imprese controllate, controllanti o collegate*», richiamando a tal fine l'art. 2359 cod. civ.⁵⁵.

Si veda, altresì, in materia di comunicazioni elettroniche, la disposizione per la quale le imprese che forniscono reti pubbliche di comunicazione o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, *e godono di diritti speciali o esclusivi per la fornitura di servizi in altri settori dello stesso Stato membro o in un altro stato membro*⁵⁶, ovvero anche solo a livello locale, «*non possono fornire reti o servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico, se non attraverso società controllate o collegate*», secondo la definizione datane dall'art. 6, co. 2, CCE⁵⁷. In siffatte ipotesi, le discipline in esame consentono la gestione di più attività da parte di un medesimo

⁵¹ Art. 20, co. 3, d. lgs. 164/2000.

⁵² Si noti come tutte le attività menzionate hanno ad oggetto una infrastruttura essenziale: talune una rete o un suo segmento (trasporto, dispacciamento, distribuzione, stoccaggio), le altre un "nodo" di rete, vale a dire un punto di "ingresso" a, o di "uscita da", una rete (liquefazione, rigassificazione).

⁵³ Art. 20, co. 4, d. lgs. 164/2000.

⁵⁴ Art. 20, co. 5, d. lgs. 164/2000.

⁵⁵ Art. 15, co. 6, l. 112/2004.

⁵⁶ Art. 13, co. 1, dir. 2002/21/CE.

⁵⁷ Art. 16, co. 1, CCE.

“centro di interessi economico”, ma solo quando tale gestione sia esercitata per mezzo di società separate (cc.dd. “separazioni societarie”⁵⁸)⁵⁹.

Allo stesso modo, in materia di appalti pubblici, il divieto di partecipazione alla medesima gara pubblica delle imprese che si trovino in una relazione di controllo⁶⁰ è stato senz'altro esteso dalla giurisprudenza alle imprese tra le quali sussistano elementi di collegamento idonei a far ritenere dubbio il rispetto del principio della segretezza delle offerte in funzione della piena realizzazione della *par condicio* tra i concorrenti e della libertà e correttezza della concorrenza ai fini dell'individuazione del migliore contraente⁶¹.

In tale disciplina, l'accertamento del “collegamento” è *funzionale all'interesse perseguito dalla regola dell'esclusione* e richiede la prova di fatti gravi, precisi e concordanti dai quali sia ragionevole e verosimile indurre la conoscenza reciproca delle rispettive offerte ovvero un condizionamento nella formulazione delle stesse e, pertanto, l'alterazione del corretto svolgimento della gara⁶². Non ogni ipotesi di colle-

⁵⁸ Con separazione “societaria” si intende far riferimento alle regole che vietano l'esercizio di due o più attività da parte della stessa società, ma consentono che due o più società esercenti quelle attività siano soggette a direzione e coordinamento unitari; le regole, in altri termini, che bensì consentono la gestione di più attività da parte di un medesimo “centro di interessi economico”, ma solo quando tale gestione sia *indiretta*, dunque esercitata per mezzo di società separate (cc.dd. “separazioni societarie”) (F. Di Porto, “Il decreto Bersani (d. lgs. n. 79/99). Profili pro-concorrenziali della riforma del mercato elettrico”, *Conc. mercato*, 2000, nota 138 a p. 459).

⁵⁹ F. di Porto, “Il decreto Bersani (d. lgs. n. 79/99)”, cit., nota 138 a p. 459.

⁶⁰ L'introduzione è avvenuta mediante la riformulazione dell'art. 10, comma 1-bis, della l. 11 febbraio 1994, n. 109 (legge quadro in materia di lavori pubblici, c.d. legge Merloni) ad opera dell'art. 3, comma 1, l. 18 novembre 1998, n. 415 (c.d. Merloni-ter) al fine di escludere dalla partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica concorrenti legati tra loro da un rapporto di controllo tale da poter considerare, di fatto, due o più aspiranti aggiudicatari come un'unica realtà imprenditoriale, in luogo di concorrenti reciprocamente autonomi.

Sul tema cfr. S. Monzani, “L'estensione del divieto di partecipazione ad una medesima gara di imprese controllate o collegate in nome della tutela effettiva della concorrenza”, *Foro amm. CdS*, 2009; M. Sinisi, “Il collegamento formale e sostanziale tra imprese”, in M.A. Sandulli, R. De Nictolis, R. Garofoli (diretto da), *Trattato sui contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2008, II, pp. 1077 ss.; S. Ponzio, “Il collegamento sostanziale tra imprese partecipanti ad un appalto pubblico come causa di esclusione dalla gara”, *Foro amm. CdS*, 2005, 2697 ss.; N. Beccati, “Il collegamento tra imprese nella gara d'appalto di forniture, di beni e servizi”, *Riv. trim. app.*, 2005, 721 ss.; A. Zonta, “Esclusione dalla gara di società controllate o collegate”, *Urb. e app.*, 2004, 1444 ss.; F. Caringella, L. Tarantino, “Sul divieto di partecipazione di imprese tra loro collegate”, *Urb. e app.*, 2004, 1104 ss.; R. Damonte, “Partecipazione alle gare d'appalto di imprese controllate o collegate: le novità dopo la «Merloni-ter»”, *Urb. e app.*, 1999, 425 ss.; V. Elia, “Sull'ammissibilità della partecipazione alle gare di appalti di lavori pubblici di società controllate o collegate”, *Riv. trim. app.*, 1996, 452 ss.

⁶¹ Tra le tante, cfr. Cons. St., sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6212, *Foro amm. CdS*, 2006, 2784; Cons. St., sez. VI, 14 giugno 2006, n. 3500, *Foro amm. CdS*, 2006, 1883; Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2004, n. 5464, *Foro amm. CdS*, 2004, 2274; Cons. St., sez. V, 11 maggio 2004, n. 2929, *Dir. e giust.*, 2004, 23, 109; Cons. St., sez. V, 4 maggio 2004, n. 2721, *Foro amm. CdS*, 2004, 1417; Cons. St., sez. V, 22 aprile 2004, n. 2317, *Foro amm. CdS*, 2004, 1158; Cons. St., sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 949, *Foro it.*, 2003, III, 347;.

⁶² Così Cons. St., sez. V, 2 ottobre 2006, n. 5721, *Rass. dir. farmaceutico*, 2007, 366; Cons. St., sez. V, 12 aprile 2005, n. 1644, *Ragiusan*, 2005, 257, 85; Cons. St., sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5792, *Riv. giur. ed.*,

gamento tra imprese legittima l'esclusione, pertanto, ma solo quelle idonee a ledere gli interessi tutelati dalla norma⁶³.

In tutte tali ipotesi, la nozione di collegamento (unitamente a quella di "controllo", cui è costantemente affiancata) evoca l'appartenenza ad un unico centro di interessi economici ed appare utilizzato, in tal senso, come *metonimia* (nel caso di specie: la causa per l'effetto) della direzione e del coordinamento unitari delle imprese cui si imputa la posizione economica unitaria.

È da credere, infatti, che il "collegamento" sia da intendere in tali ambiti normativi non come una gradazione di intensità inferiore del controllo ma, al contrario, come la relazione intercorrente tra società appartenenti ad un medesimo "gruppo" ma non legate direttamente da rapporti di controllo (cc.dd. società "sorelle").

La fattispecie di "collegamento" di cui trattasi, allora, si distingue da quella civilistica per il fatto di non essere unilaterale ma, al contrario, *reciproca*, nel senso che la relativa disciplina si applica ad entrambe le società in posizione di collegamento l'una con l'altra. In quanto *metonimia* della direzione e coordinamento, inoltre, tale "collegamento" non può essere *episodico o discontinuo* ma deve, al contrario, dar prova di relativa stabilità nel tempo. Non si pone, poi, il problema della *transitività* del "collegamento" ora in esame: per definizione il rapporto di "collegamento" coinvolge tutte le società *soggette alla medesima attività di direzione e coordinamento* e consente di qualificare ciascuna di tali società come "collegata" con ciascuna delle altre. Tale fattispecie, infine, può ricorrere in maniera potenziale: posto che le discipline citate sono, di regola, discipline "di pericolo" (divieti o obblighi la cui applicazione è condizionata alla potenziale lesione futura di un pubblico interesse e non alla sua effettiva, avvenuta lesione), *esse devono intendersi applicabili sol che le prerogative del collegamento possano essere esercitate, indipendentemente dal fatto che lo siano effettivamente*.

Queste differenze contenutistiche non sono attenuate dalla circostanza che, come notato sopra, non è infrequente, negli ambiti normativi in esame, la definizione della fattispecie di "collegamento" mediante il richiamo all'art. 2359 cod. civ.⁶⁴.

2005, I, 314; Tar Puglia Bari, sez. I, 10 gennaio 2006, n. 41, in *Giur. merito*, 2006, 743; Tar Sicilia, Catania, sez. IV, 27 dicembre 2005, n. 2543, *Foro amm. Tar*, 2005, 4172; Tar Veneto, sez. I, 20 aprile 2004, n. 1128, *Foro amm. Tar*, 2004, 970.

In particolare, tra gli indici del "collegamento" vietato la giurisprudenza ha incluso l'identità di sede sociale e di *e-mail*, nonché l'esistenza di rapporti di parentela o di convivenza tra i soci di diverse compagnie concorrenti: Tar Toscana, sez. II, 26 gennaio 2007, n. 127, *Foro amm. Tar*, 2007, 101.

⁶³ Così espressamente Tar Lombardia, Milano, sez. III, 29 settembre 2004, n. 4207, *Foro amm. Tar*, 2004, 2472, secondo cui un rapporto di collegamento tra imprese non elimina l'autonomia delle società collegate né, tanto più, consente di identificare un autonomo centro di interessi. L'esclusione dalla gara può, pertanto, essere disposta dalla stazione appaltante solo sulla base di circostanze idonee a violare i principi in tema di segretezza delle offerte e di *par condicio*, nonché, più in generale, di correttezza della procedura di gara.

⁶⁴ Art. 15, co. 6, l. 112/2004.

Evidentemente il richiamo deve intendersi fatto al solo *enunciato* dell'art. 2359 cod. civ., non certo alla *norma* che ne viene desunta in via interpretativa. E infatti la disposizione civilistica, specificamente destinata alla disciplina della appostazione a bilancio delle partecipazioni in società nelle quali possa esercitarsi una influenza notevole, acquista (perché *deve* acquistare) un contenuto precettivo ben diverso ove richiamata al fine dell'applicazione delle discipline ora in commento.

Analogamente sembra doversi ragionare – lo si noti in fine – per la nozione di collegamento attestata nella disciplina delle “operazioni con parti correlate”, dettata dalla CONSOB con regolamento 12 marzo 2010, n. 17221 e volta a garantire che gli organi gestori delle società con azioni quotate in mercati regolamentati comunitari o con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante adottino «*procedure che assicurino la trasparenza e la correttezza sostanziale e procedurale delle operazioni con parti correlate*»⁶⁵.

Tale disciplina, infatti, ha ad oggetto «*qualunque trasferimento di risorse, servizi o obbligazioni ... indipendentemente dal fatto che sia stato pattuito un corrispettivo*» e si indirizza, come è dato inferire dalle regole contenute nel Regolamento CONSOB n. 17221/2010, a regolamentare operazioni tra soggetti *permeabili* alla volontà di un medesimo centro di interessi o, quantomeno, a volontà titolari di interessi economici *contigui*.

Nonostante tale obiettivo, la definizione di società collegata, contenuta nell'allegato n. 1 del regolamento CONSOB n. 17221/2010, sembrerebbe ricalcare la struttura della prima classe di significati di “collegamento”, di natura “bilancistica”, laddove la società collegata è definita come società in cui un socio «*eserciti un'influenza notevole*»⁶⁶; l'influenza notevole, a sua volta, è definita come «*il potere di partecipare alla determinazione delle politiche finanziarie e gestionali di un'entità senza averne il controllo*» ed è identificata sulla base dei medesimi indici adottati nello IAS n. 28 – IASB al § 7⁶⁷.

Ora: tale definizione parrebbe condividere con la classe di significati di cui ci si occupa ora la natura del collegamento non unilaterale bensì *reciproca* e non episodica ma *stabile*. Il “collegamento” di cui trattasi, poi, non sembra poter essere solo potenziale: ammettendosi la prova contraria, *o vi è in concreto l'esercizio di influenza notevole ovvero non vi è “collegamento”*, come avviene per la definizione di natura “bilancistica”. Ciò, semplicemente, esclude che la disciplina di cui trattasi sia una disciplina “di pericolo” e pretende, invece, che la sua applicazione sia condizionata all'effettivo esercizio delle prerogative insite nel “collegamento” – circostanza che, di per sé, non contraddice le regole di classificazione stipulativamente adottate nella presente riflessione.

⁶⁵ Artt. 1 e 4 Reg. CONSOB 17221/2010.

⁶⁶ Prosegue il testo: «*ma non il controllo o il controllo congiunto*».

⁶⁷ Cfr. *supra*, nota n. 25 e testo cui si riferisce.

L'elemento che rende la nozione di "collegamento" contenuta nel Regolamento CONSOB n. 17221/2010 disomogenea con quelle ora in esame è, invece, quello della sua *intransitività*, nel senso che il collegamento può intercorrere solo tra due società e non, a catena, tra società rispettivamente l'una collegata alla successiva. L'incongruenza è, tuttavia, superata dalla circostanza che la disciplina dettata dal Regolamento n. 17221/2010 definisce "correlate" anche le società «*sottopost[e] a comune controllo*» – e così recupera, per altra via, la soggezione alla disciplina di società soggette alla medesima direzione unitaria.

4. La nozione giuslavoristica di *superamento* dell'articolazione (fraudolenta o solo apparente) di una impresa in una pluralità di centri di imputazione dei rapporti di lavoro

Una nozione di "collegamento" è pure attestata nel diritto del lavoro, in cui però essa ha la funzione di consentire la valutazione di una pluralità di imprese "collegate" come un unico centro di imputazione dei rapporti di lavoro formalmente facenti capo alle diverse imprese societarie. Di consentire, in altri termini, il *superamento dell'articolazione di una impresa in una pluralità di centri di imputazione*⁶⁸.

Siffatta nozione di "collegamento" è di origine giurisprudenziale⁶⁹ e comprende, nella sua definizione attuale, quattro requisiti:

- a. l'unicità della struttura organizzativa e produttiva delle diverse società del "gruppo";
- b. l'integrazione tra le attività esercitate e il correlativo interesse comune;

⁶⁸ Nel diritto del lavoro le regole della cui estensione si tratta sono tipicamente quelle poste a tutela del lavoratore, considerato contraente "debole" nei confronti del datore di lavoro, ad esempio: la disciplina che dispone la tutela c.d. "reale" del posto di lavoro al ricorrere dei requisiti quantitativi indicati dalla legge: art. 18 l. 20 maggio 1970, n. 300. Orbene: se la giurisprudenza costantemente considera l'articolazione dell'impresa in gruppo come dato ormai normale dell'organizzazione industriale, altrettanto costantemente ritiene tale articolazione un «*fenomeno di mero fatto*», tendenzialmente irrilevante per il diritto salvo che tale rilevanza non sia in positivo espressamente riconosciuta (tra le molte, cfr. Cass., sez. lav., 24 marzo 2003, n. 4274, *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 740; 10 novembre 1999, n. 12492, *D&L*, 2000, p. 160; 27 febbraio 1995, n. 2261, *NGL*, 1995, p. 381). La posizione della dottrina, sul punto, tende ad essere contraria, come testimoniato, tra gli altri, da G. De Simone, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, Giuffrè, 1995; Ead., "La «forma gruppo» nel diritto del lavoro", *Dir. lav. rel. ind.*, 1991, p. 69; G. Meliadò, *Il rapporto di lavoro nei gruppi di società. Subordinazione e imprese a struttura complessa*, Milano, Giuffrè, 1991; O. Mazzotta, "Divide et impera: diritto del lavoro e gruppi di imprese", *LD*, 1988, p. 359; M. Rudan Bricola, "Il gruppo di imprese nella giurisprudenza lavoristica", *Cont. impr.*, 1986, p. 742; F. Galgano, "Qual è l'oggetto della società holding?", *Contr. impr.*, 1986, p. 327. La giurisprudenza, ciò non ostante, *non riconosce al gruppo in sé l'idoneità a determinare una modificazione delle regole di imputazione*; al contrario, tale modificazione viene elaborata secondo il modello della simulazione ovvero della preordinazione in frode alla legge degli atti costitutivi delle società del gruppo (da ultimo cfr. Cass., sez. lav., 4274/2003, cit.).

⁶⁹ Cfr., in particolare, Cass. 22 febbraio 1995, n. 2008, *D&L*, 1995, p. 988.

- c. la sussistenza di un coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario che indirizzi le diverse attività delle singole società verso uno scopo comune;
- d. l'utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle diverse società, nel senso che la stessa sia prestata in modo indifferenziato e contemporaneo in favore dei vari imprenditori.

Deve sottolinearsi come tale utilizzo della nozione di “collegamento”, a differenza degli altri utilizzi esaminati nella presente rassegna, non abbia margini di sovrapposizione con la (diversa) nozione di “gruppo” – o con quella, affine, di direzione e coordinamento.

Ed infatti, il “collegamento” nel diritto del lavoro non è funzionale a disciplinare l'applicazione di regole ad una articolazione plurisoggettiva ma, esattamente al contrario, a disconoscere l'articolazione plurisoggettiva ed imporre la considerazione – per dir così – unisoggettiva dell'iniziativa imprenditoriale – nonostante la molteplicità degli enti nei quali questa è scomposta, in quanto la molteplicità è ritenuta opportunistica o fraudolenta⁷⁰.

Ne sia prova il fatto che la giurisprudenza ritiene possibile l'estensione dell'imputazione del rapporto di lavoro solo in presenza di «*indici rivelatori della mera apparenza di quella pluralità*» rappresentata dal gruppo⁷¹. Il semplice collegamento economico tra società, ove non caratterizzato dal «*carattere simulatorio della pluralità delle società*», infatti, non consente di superare la regola per la quale «*a una pluralità di soggetti societari esercenti i poteri del datore corrisponde una pluralità di rapporti*»⁷².

La fattispecie di “collegamento” di matrice giuslavoristica, allora, analogamente a quella di matrice concorrenziale, è *reciproca, stabile* e non pone per definizione il problema della *transitività* del rapporto di “collegamento”. Diversamente da quella, invece, non sembra poter essere solo potenziale: *o vi è in concreto l'esercizio fraudolentemente articolato di una impresa di fatto unitaria ovvero non vi è “collegamento”*.

⁷⁰ Sia consentito riportare un estratto da Trib. Milano, 14 gennaio 2003 (*Lav. nella giur.*, 2003, p. 692): «*il fenomeno del collegamento economico di più imprese facenti capo a soggetti diversi [...] non incide [...] sulla titolarità dei rapporti facenti capo a ciascuna delle imprese dotate di propria personalità, salvo che la moltiplicazione dei soggetti che gestiscono quella che sul piano economico può definirsi come unica impresa sia stata operata in frode alle disposizioni imperative di legge a tutela dei lavoratori dipendenti, oppure che tra tali soggetti si sia instaurato un rapporto di intermediazione vietata oppure ancora salva che si realizzi nei fatti una confusione nell'esercizio dell'impresa (con scambio continuo di dipendenti, travaso di capitali, scambio di clienti e fornitori, etc.) da non potersi individuare sul piano giuridico l'area di pertinenza di uno o dell'altro soggetto imprenditore*». Si noti che «*l'eventuale assenza di un intento fraudolento in capo alle singole società non esclude, in presenza di tali sintomatici elementi di collegamento, l'individuazione di un unico fronte datoriale*»: così App. Venezia, 17 maggio 2007, *D&L*, 2007, p. 1155, nota di Yara Serafini, “Il fronte datoriale nel gruppo di imprese: uno ... o centomila?”.

⁷¹ Cass., sez. lav., 4274/2003, cit., pp. 747 s.

⁷² Cass. 5 settembre 2006, n. 19036, *Riv. it. dir. lav.* 2007, p. 66, nota di Maddalena Rosano, “Ancora sulla rilevanza del collegamento societario al fine dell'imputabilità del rapporto di lavoro”. Cfr. altresì App. Torino, 7 aprile 2005, *Lav. nella giur.*, 2005, p. 1098; App. Milano, 9 febbraio 2004, *D&L*, 2004, p. 63; Trib. Milano, 13 novembre 2007, *Lav. nella giur.*, 2008, p. 739.

5. Considerazioni conclusive: conseguenze applicative delle “polisemie legislative”

A conclusione della rassegna di *usi normativi* della nozione di collegamento possono trarsi talune conseguenze applicative, che paiono generalizzabili a tutti i casi di *polisemia* legislativa:

1. in principio, la ricostruzione del contenuto di ciascuna nozione, in quanto *fattispecie*, deve avvenire in funzione della disciplina da applicare;
2. sempre in principio, la nozione/fattispecie funzionale all'applicazione di una data disposizione non può considerarsi, *solo in ragione della unicità del lemma*, applicabile ad una disposizione diversa.

Non esiste, dunque, una fattispecie unica (o comune) di “collegamento” né è consentito riconoscere una valenza generale o comunque principale ad alcuna delle definizioni del rapporto di collegamento;

3. quanto al contenuto, le diverse nozioni/fattispecie paiono raggruppabili in tre classi: (i) di matrice codicistica/contabile (volta alla valorizzazione contabile del rapporto di partecipazione); (ii) di matrice concorrenziale/“di gruppo” (volta alla considerazione unitaria di un complesso di enti unidiretti); (iii) di matrice giuslavoristica (volta a superare lo “schermo della personalità giuridica” in caso di articolazione fraudolenta di un'unica iniziativa economica). Le classi comprendono nozioni/fattispecie *funzionalmente simili* e, dunque, contenutisticamente affini. In deroga alla conclusione di cui al precedente n. 2, *all'interno di ciascuna classe sembra possibile l'applicazione analogica di regole destinate a fatti differenti da quello di cui si tratta*, purché ciò non sia escluso dal tenore letterale delle disposizioni rilevanti e l'analogia sia giustificata dal perseguimento di interessi rilevanti simili;
4. l'appartenenza ad una od altra classe influisce sulla struttura della singola nozione/fattispecie, in particolare in relazione a quattro variabili della relazione di collegamento: (i) unilateralità o bilateralità; (ii) discontinuità o stabilità; (iii) transitività o intransitività; (iv) potenzialità o effettività;
5. la definizione di una nozione/fattispecie appartenente da una certa classe può avvenire anche mediante *rinvio* a disposizioni dettate nell'ambito di una classe diversa di nozioni/fattispecie. In tal caso, le conclusioni riportate ai precedenti nn. 1-4 devono applicarsi in riferimento alla *interpretazione della disposizione richiamata nel contesto della diversa disposizione richiamante*.

Ed allora: (i) in principio, l'interpretazione della disposizione in un dato contesto non può essere mantenuta nel contesto che ne dispone l'*importazione*, salvo che (ii) si prospetti la possibilità di applicazione analogica della disposizione richiamata quando la disposizione che la richiama appartenga alla medesima classe di significato/applicazione.

La responsabilità del libero professionista: oltre il formalismo*

di Maria Elena Quadrato

SOMMARIO: 1. La “fiducia” nel contratto con il libero professionista: la “scelta deliberata”. – 2. La cooperazione informativa. – 3. La gabbia del consenso informato. – 4. Oltrepassare il formalismo: la voce dei giudici. – 5. Riscoprire la diligenza.

1. La “fiducia” nel contratto con il libero professionista: la “scelta deliberata”

Il problema del formalismo nei contratti con il libero professionista deve necessariamente prendere le mosse dalle peculiarità che caratterizzano il rapporto tra chi esercita una attività professionale e chi si avvale della sua opera: connotati che conferiscono al rapporto una colorazione particolare, ne fanno una relazione speciale. È un rapporto che potrebbe esaurirsi in una singola prestazione quando, ad esempio, si richiede una semplice consulenza, ma che, normalmente, si snoda in una serie di incontri, atti, interventi, cadenzati nel tempo, e tutti volti a soddisfare l'interesse del debitore. Si potrebbe quasi pensare, infatti, ad un contratto di durata¹ o, quanto meno, ad una “relazione continuativa tra le parti”². Se ci si sofferma sulla “sostanza” della relazio-

* Il presente lavoro è frutto della ricerca, finanziata con i fondi dell'Ateneo di Bari, dal titolo “Evoluzione ed involuzione del dovere di informazione nella prassi contrattuale”.

¹ Di “durata” come “caratteristica della relazione tra professionista e cliente” parla F. Cafaggi, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto (Disc. Priv.)*, Sez. Civ., Torino, 1998, 162, per il quale tale relazione “tendenzialmente, ma non necessariamente... può concernere una serie indefinita o comunque una pluralità di prestazioni”. Sui contratti di durata v., in particolare, C. De Martini, *Obbligazioni di durata*, in *NN.D.I.*, XI, Torino, 1965, 655 ss., A. Chianale, *Obbligazioni di durata*, in *Digesto (Disc. Priv.)*, XII, Torino, 1995, 394, G. Oppo, *I contratti di durata*, in *Scritti giuridici*, III, Padova, 1992, 200 ss., part. 235 s., che manifesta delle perplessità sulla configurazione del contratto d'opera come contratto di durata perché “la *locatio operis* è un contratto in cui un certo tempo è necessario ad adempiere, non un contratto in cui la durata sia utile agli interessi delle parti. Il tempo vi funziona come termine dell'adempimento e non come durata dell'adempimento, inteso questo come soddisfazione degli interessi contrattuali”. Qualifica il contratto d'opera come contratto “ad esecuzione prolungata” F. Santoro Passarelli, *Opera (Contratto di)*, in *NN.D.I.*, XI, 1965, 982 ss., part. 989.

² F. Cafaggi, *Responsabilità del professionista* loc. cit. Ancora, e con parole “illuminanti”, G. Oppo, *Contratti di durata* cit., 221, per il quale “Questa situazione potrebbe definirsi con la proposizione che nell'ipotesi in esame vi è *esecuzione* continuata ma non vi è adempimento continuativo (...). Esecuzione continuata dunque ma adempimento istantaneo. Se non che la proposizione può accettarsi solo a patto che per *esecuzione* continuativa si intenda prestazione di una attività continuativa diretta a rendere possibile l'esecuzione, prestata “in esecuzione” dell'obbligazione, giacché in senso proprio, e secondo il senso corrente, l'obbligazione non può dirsi eseguita se non quando quell'attività ha condotto al risultato finale cui è diretta”; A. Di

ne, in particolare, su quella tra medico e paziente o tra avvocato e cliente emerge, con chiarezza, che la prestazione medica da una parte, e quella legale dall'altra, sono "segmenti"³ di un rapporto più ampio che mira non solo a guarire la singola patologia o a risolvere la singola lite, bensì, piuttosto, a prendersi cura della persona del paziente o del cliente, a provvedere ai suoi bisogni. C'è, alla base del rapporto, un elemento importante, spesso trascurato: la scelta del professionista. Che è l'atto consapevole di chi, fra le tante possibilità, decide di rivolgersi alla persona che reputa la migliore, la più adatta al suo caso. Una preferenza che è mossa dalla "fiducia" in quel professionista⁴, nelle sue qualità, nel suo valore: è animata da una sensazione di tranquillità e di sicurezza, che deriva dalla stima, dall'alta considerazione che si ha di lui, e che spinge ad affidarsi alla sua abilità, alle sue competenze, incoraggia a riporre in lui le speranze di guarigione, di giustizia, di miglioramento, insomma, delle proprie condizioni di vita. La sua è, dunque, una scelta meditata, "deliberata" (*proaíresis*) direbbe Aristotele⁵: un atto "volontario" (*ekούσιον*), ma unito "a pensiero e ragionamento" (*metà lógou kai dianoiás*), e diretto "al fine" (*pròs tò télos*): "un desiderio deliberato di ciò che dipende da noi" (*ē proaíresis àn eîē bouleutikē òreksis tôn eph' ēmîn*).

La fiducia è un concetto che viene da lontano. Risale alla *fides* romana⁶, la *pistis* nella lingua greca: un valore al quale la cultura antica attribuisce un ruolo importante, quello di disciplinare il comportamento di coloro che stringono un accordo, e di misurarne la responsabilità: sia di chi, con la stima e il rispetto di cui gode, del "credito" di cui dispone⁷, ispira fiducia nell'interlocutore, sia di chi si rivolge alla sua persona, che rappresenta una "garanzia cui far ricorso"⁸. Per Aristotele, che ne tratta ampiamente⁹, "coloro che fanno accordo sulla base della fiducia sanno di dover sopportare

Majo, *Delle obbligazioni in generale* (Artt. 1173-1176), in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1988, 86 s., il quale, in maniera molto efficace, parla di "rapporti di durata (*Dauer-schuldverhältnisse*)" in cui "l'obbligazione può soddisfare ad un bisogno *durevole* del soggetto, rappresentare dunque una situazione, a suo modo, *finale*".

³ F. Cafaggi, op. cit., 163 nt. 128.

⁴ Per E. Resta, che di recente ha ripercorso l'itinerario del concetto nella filosofia, nel diritto, nell'economia, *Le regole della fiducia*, Roma-Bari, 2009, la fiducia è "una sorta di cuore segreto che anima molte dimensioni della vita collettiva": p. V.

⁵ Nell'*Etica Nicomachea* III, 4. 1111b – 1112a – 1113a.

⁶ È il *fides sequi* di Ulpiano (in D.12.1.1) e di Paolo (in D.50.17.84.1). V., al riguardo, A. Nicoletti, "Fides", in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, 1961, 293. La *fides* è per Cicerone (*De officiis* 1.7.23) *fundamentum iustitiae*. Sul punto v. anche G. Grosso, *Buona fede* (*Dir. Romano*), in *Enc. Dir.*, V, 1959, 662, il quale evidenzia il passaggio di *fides* dall'accezione soggettiva – a significare il modo di comportarsi nella vita di relazione, a indicare il "concetto di rispondenza ad un affidamento, che esprimeva un rapporto di fiduciarietà" – ad una rappresentazione obiettiva, di "correttezza commerciale", a seguito della sua qualifica etica, come *bona*.

⁷ Sul rapporto tra *fides* e *credo* v. E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee* I, Torino, 1976, 90.

⁸ Per dirla con E. Resta, op. cit., 28.

⁹ Nei due libri dell'*Etica Nicomachea*, l'ottavo e il nono, dedicati alla *philia*, all' "amicizia" si potrebbe dire, a quella "fondata sull'utile" (*katà tò khrésimon*), come la descrive in VIII, 15. 1162 b 5-6, 15, e nella cui sfera

le conseguenze”¹⁰. La relazione fra i partners implica, insomma, una “reciprocità”¹¹. La fiducia, così, non è soltanto un moto dell’animo, una disposizione dello spirito. È, soprattutto, l’intima convinzione che il professionista può appagare in pieno le nostre esigenze, soddisfare le nostre aspettative; e ciò grazie alla stima riposta in chi si ritiene idoneo a svolgere compiti delicati e rilevanti. Una relazione di questo tipo, che crea un legame forte tra il professionista e il cliente/paziente, non può non avere delle conseguenze significative sul piano del rapporto giuridico. La prima è la “discrezionalità” che deve essere lasciata al professionista “di attuare le scelte consone alla realizzazione del fine prefissato, con piena libertà in ordine all’individuazione delle modalità di comportamento che si rivelano maggiormente idonee per conseguire i fini professionali”¹². La discrezionalità che “accompagna il professionista nello svolgimento della sua opera”¹³, viene fuori proprio dalla “natura della attività esercitata”¹⁴, e si traduce, quindi, in quella libertà di adempiere, come meglio crede, la sua obbligazione. Essa è sicuramente un indice della professionalità, un segnale importante, che contribuisce a delineare la figura del professionista intellettuale, il carattere, “l’in sé”¹⁵ della sua prestazione¹⁶. Ma non è l’unico dato. Anche la personalità nell’esecuzione della prestazione rappresenta una traccia del contratto d’opera professionale, che si rinviene, in particolare, nelle parole contenute nell’art. 2232 cod. civ.: “il prestatore d’opera deve eseguire personalmente l’incarico assunto”. È nel “personalmente” che si scopre il legame fiduciario tra professionista e beneficiario, un vincolo che è espressione, dunque, dell’*intuitus personae*¹⁷. Dalla natura di un tale rapporto, esclusivo,

assume un particolare rilievo la *pistis*. V., in proposito, soprattutto M. Bretone, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, 134 s., per il quale “l’*ethos* della *fides bona*” che opera in “rapporti nei quali si manifesta la vita comune degli uomini” non importa, tra l’altro, “l’onestà e l’affidabilità come principi generalmente condivisi, che impongono di rispettare le promesse non formali”.

¹⁰ VIII, 15, 1162 b 30-31 (*oiontai dein stérgein tous katà pístin sunalláksantas*).

¹¹ Cfr. E. Benveniste, op. cit., 88.

¹² Così A. Baldassarri-S. Baldassarri, *La responsabilità civile del professionista*, Milano, 1993, 7 ss., part. 10 s., che, approfondendo la nozione di “professionista intellettuale”, ricordano sul punto, il lavoro di G. Lega, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 537.

¹³ A. Baldassarri-S. Baldassarri, op. ult. cit., 10, i quali fanno rientrare la discrezionalità tra “gli aspetti maggiormente significativi della professione intellettuale e utili ai fini della sua qualificazione giuridica”. Tra gli Autori che considerano la discrezionalità come l’elemento fondamentale di distinzione tra contratto d’opera intellettuale e contratto di lavoro subordinato, cfr., in particolare, G. Giacobbe, *Professioni intellettuali*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 1065 ss.,

¹⁴ G. Giacobbe, op. ult. cit., 1073.

¹⁵ A. Baldassarri-S. Baldassarri, op. ult. cit., 95.

¹⁶ Questa discrezionalità è stata molto ridimensionata dai protocolli medici o linee guida (su cui v. R. De Matteis, *Responsabilità e servizi sanitari. Modelli e funzioni*, in *Tratt. Galgano*, Padova, 2007, 368), ma c’è da dire, peraltro, che il medico ha comunque la facoltà di discostarsi dalle disposizioni legislative motivando, però, le ragioni della sua decisione.

¹⁷ Sul rapporto tra fiducia e *intuitus personae*, v. A. Galasso, *La rilevanza della persona nei rapporti privati*, Napoli, 1974, 295 ss. Sulla distinzione tra negozi di fiducia e negozi *intuitus personae*, v., in particolare, A.

selettivo, derivano obblighi che devono essere letti necessariamente alla luce di quella specificità. È in questa cornice che si inserisce il problema dell'informazione tra le parti, che assume una importanza fondamentale, un valore assai significativo perché "l'investimento compiuto dal professionista per acquisire informazioni circa il problema sottoposto dal cliente è difficilmente utilizzabile nei rapporti con altri clienti, e certo in misura largamente inferiore rispetto a ciò che accade per il produttore di beni di consumo, dove vi è piena fungibilità. Parimenti è più difficile per il cliente rivolgersi a diverso professionista di quanto sia per un consumatore rivolgersi a diverso produttore del medesimo bene"¹⁸.

2. La cooperazione informativa

Un rapporto professionale stabile, continuativo, che è certamente diverso da quello che si consuma in una singola prestazione, genera un flusso di informazioni che, anche nel contenuto, si nutre della relazione fiduciaria che esiste tra le parti. È la natura fiduciaria, dunque, che influenza la "quantità" e la "qualità" dell'informazione da trasmettere: tanto più essa è complessa e ne risulta, quindi, difficile la comprensione, tanto più è necessario affidarsi al professionista, che ha "il compito di selezionare le opzioni esecutive, accrescendo il livello di affidamento «soggettivo»". La fiducia potrebbe, quindi, assorbire interamente l'informazione, quasi sostituirla, quando si rivela "inopportuna" o appare "impossibile" rimuovere quell'"asimmetria informativa tra professionista e beneficiario", dando, così, a quest'ultimo "maggiori poteri di controllo sulla esecuzione della prestazione", e divenendo essa stessa "fonte di obblighi di correttezza", superiori a quelli che si avrebbero nel caso di informazione completa del cliente/paziente¹⁹.

Cataudella, *Intuitus personae e tipo negoziale*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli, 1972, 623 ss., 631 ss.; G. Criscuoli, *Fiducia e fiducie in diritto privato: dai negozi fiduciari ai contratti uberrimae fidei*, in *Riv. dir. priv.*, 1983, 136 ss., part. 148, il quale sottolinea che la fiducia "si specifica non tanto o non solo nel rilievo e nella considerazione della persona dell'altro contraente o delle di lui qualità individuali o, per altro verso, non tanto o non solo nella aspettativa di un puntuale ed esatto adempimento degli obblighi nascenti nel rapporto, quanto nell'affidamento alla personale esecuzione dell'impegno assunto".

¹⁸ Di "specificità della relazione" tra professionista e cliente, che "importa l'impossibilità di dar luogo ad economie di replicazione o, comunque, le mantiene ad un livello assai inferiore a quello conseguibile nella produzione di beni", ne parla, puntualmente, F. Cafaggi, *La responsabilità del professionista* cit., 157, che spiega come tale distinzione tra circolazione di beni ed esercizio delle professioni intellettuali "concorra a spiegare il diverso regime delle professioni intellettuali rispetto a quello della vendita di beni".

¹⁹ In questo senso, F. Cafaggi, *La responsabilità del professionista* cit., 159, 164, il quale precisa che "il contenuto degli obblighi di informazione è in parte correlato al livello di discrezionalità ammissibile in capo al professionista ed al principio della personalità della prestazione, quando se ne consideri l'implicazione fiduciaria".

L'obiettivo, allora, si sposta sulle parti, sulla loro capacità di entrare in simbiosi anche e, soprattutto, nello scambio di informazioni, per arrivare, in tal modo, ad una decisione condivisa. Ciò che emerge con chiarezza è che se la partecipazione del beneficiario alla decisione, sull'*an* e sul *quomodo* della prestazione, cambia nelle diverse prestazioni intellettuali, il ruolo svolto dall'informazione assume, di conseguenza, colorazioni differenti, rimanendo però sempre vitale, e assolutamente necessario. Una uniformità, una monotonia dell'informazione la si può riscontrare, invece, nel settore della vendita di beni e di servizi di massa, in cui non c'è un investimento di risorse rilevante da parte del prestatore d'opera, che varia da caso a caso, perché "il costo di acquisizione e trasferimento"²⁰ dell'informazione viene sostanzialmente ripartito tra gli acquirenti.

Occorre, dunque, riflettere sul valore dell'informazione, sul suo contenuto. Nel settore dell'attività medica, l'informazione naturalmente raggiunge la sua massima espressione, essendo in gioco il bene salute ed essendo il consenso del paziente un requisito indispensabile per la validità stessa della prestazione. Il compito (e l'interesse) del cliente/paziente è quello di individuare la migliore tra le varie soluzioni proposte dal professionista, il quale ha, d'altronde, la possibilità di non eseguire la prestazione scelta dal beneficiario, se in contrasto con la propria volontà e sempre che non siano messi in pericolo la salute o la sicurezza del cliente stesso o di terzi. È il campo della relazione, in cui ci può essere accordo o dissenso. In questo confronto di posizioni, la libertà di cui godono le parti nasconde una dipendenza di uno dall'altro: ma è una soggezione, che incontra un limite, quello delle *leges artis*²¹. Esse, infatti, insieme alle regole deontologiche, prevalgono sulla volontà del cliente: volontà che, nel rapporto medico-paziente, gode peraltro di un rispetto assoluto, fino a consentire il rifiuto di un trattamento indesiderato²². Si rileva, però, molto opportunamente,

²⁰ F. Cafaggi, op. ult. cit., 159.

²¹ Anche in giurisprudenza si definiscono le regole dell'arte come limite alla discrezionalità del professionista. In due decisioni, lontane nel tempo ma molto significative, si dice che "il complesso delle regole che, per il comune senso delle autorità scientifiche e per consolidata sperimentazione, si possono reputare acquisite alla scienza ed alla pratica, sì da costituire il necessario corredo, culturale e sperimentale del professionista (...) viene così a costituire il limite oltre il quale la libertà di scelta del professionista non può mai spingersi e, per converso, una responsabilità professionale per colpa grave che si collocasse al di qua di quel limite, entro i margini cioè dell'opinabile e del discutibile, si risolverebbe in un'inammissibile identificazione del rischio professionale con quel rischio che è insito nelle imperfezioni e nelle incertezze inevitabili nella scienza e nella pratica" (v. Cass., 31 ottobre 1972, n. 3044, in *Foro it.*, 1973, I, 1970); e ancora, che "gli accordi e le istruzioni del cliente non possono e non devono essere in contrasto con le regole dell'arte e della scienza (le quali devono ritenersi preesistenti alla costituzione di un rapporto) né con i principi della deontologia professionale. Pertanto gli accordi e le istruzioni possono assumere rilevanza sempre che non vengano dal professionista, nel corso dell'esecuzione dell'attività riconosciuti controproducenti, non rispondenti alla realtà obiettiva, inidonei per il raggiungimento del risultato sperato e contrari alle regole dell'arte" (così App. Milano, 27 marzo 1981, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1981, 432).

²² Art. 35, 4 co., Codice di deontologia medica: «In ogni caso, in presenza di documentato rifiuto di persona

che il significato di questa volontà “non può essere apoditticamente inteso (...) alla stregua di perentoria esaltazione della *autodeterminazione* del paziente, ma deve pur sempre confrontarsi (e viceversa) con l'autonomia del medico in funzione di una possibile convergenza resa limpida dalla massima informazione”²³. Si scopre così, tra le pieghe di questo rapporto, che coinvolge interessi di spessore costituzionale, quali sono quelli alla salute, alla libertà personale e all'identità, una asimmetria informativa, che si potrebbe dire quasi scontata, tra le parti, dipendente dal “fisiologico possesso di un differente bagaglio di informazioni”²⁴. Il diverso piano su cui collocare il rapporto medico-paziente rispetto ad altre “relazioni squilibrate”, dipende, comunque, proprio dal particolare contesto in cui si esercita l'autonomia, che per il fatto di coinvolgere il corpo del paziente, non può essere assimilato alla “libertà che si estrinseca in una scelta *market oriented*”²⁵. C'è un passaggio in questa materia nel quale si coglie un processo che dal medico, riconosciuto quale unico depositario dei segreti della medicina e, dunque, unico arbitro in grado di decidere la sorte dei propri assistiti, arriva al paziente, all'affermazione della sua persona come soggetto che si autodetermina, quando, informato, partecipa alle scelte che lo coinvolgono, le condivide. È una condizione, la sua, che in un rapporto per molti aspetti paritario, si affianca, e a tratti pare finanche opporsi, a quella del medico: che è quasi l'emanciparsi da uno stato di soggezione. Rimane però un dato certo, inconfutabile, e cioè che il paziente, come “profano dell'arte medica”, ha bisogno di affidarsi al professionista “per la tutela di quanto più prezioso ed intimo possiede: la propria salute”²⁶.

In questo binomio inscindibile medico-paziente è da rintracciarsi la fonte dell'obbligo di informazione: che prescinde dal riferimento alla buona fede o agli obblighi di protezione e sicurezza che accompagnano, invece, come accessori, la prestazione principale, perché l'informazione stessa “è parte integrante (...) della prestazione di cura medica” e il relativo dovere “va adempiuto con lo stesso grado di diligenza prevista per il vero e proprio trattamento sanitario”²⁷: si può dire, allora, che l'obbligo

capace, il medico deve desistere dai conseguenti atti diagnostici e/o curativi, non essendo consentito alcun trattamento medico contro la volontà della persona».

²³ Così M. Barni, *La autoregittimazione dell'attività medica e la volontà del paziente*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 205.

²⁴ M. Gorgoni, *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1536.

²⁵ M. Gorgoni, op. ult. cit., 1537, che, molto efficacemente, sottolinea “l'inservibilità”, in ambito sanitario, “di buona parte dell'elaborazione relativa ai rimedi contrattuali per violazione dell'obbligo di informazione. Non è di alcuna utilità, infatti, invocare la nullità o la risoluzione del contratto: alternative tra cui si dimenano dottrina e giurisprudenza alle prese con le conseguenze derivanti dalla contrarietà alla *lex contractus*”.

²⁶ M. Gorgoni, op. ult. cit., 1538.

²⁷ Spiega, con grande chiarezza, M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 342 s., che gli obblighi di protezione o sicurezza “implicano una visione unilaterale del rapporto lontano dalle nuove prospettive di paritaria collaborazione”; v. anche, nella stessa direzione, M. Riario Sforza, *Obblighi di protezione e consenso informato nella responsabilità medica*, in *Giur. mer.*, 2008, 3371, il quale

di informare il paziente “fa tutt’uno con la esecuzione stessa del contratto d’opera professionale”²⁸. Discutere, dunque, continuare a dibattere sulla natura contrattuale o precontrattuale dell’obbligo di informazione non ha molto senso, appare una “questione ormai superata”, sia perché “l’informazione può costituire oggetto proprio ed esclusivo del contratto” – nel caso, ad esempio, del consulto o delle analisi cliniche – sia perché “una volta che questo sia concluso, la responsabilità precontrattuale verrebbe comunque assorbita in quella contrattuale”²⁹. Anche quando i riflettori si spostano sull’ampiezza dell’informazione da dare al paziente, viene necessariamente alla luce il tipo di rapporto che c’è tra le parti. Il medico deve, con la sua sensibilità e competenza, graduare le modalità di manifestazione dell’informazione, i tempi e lo stesso contenuto “in relazione alla personalità del malato, fino a rispettarne l’eventuale richiesta di non essere informato affatto”³⁰. In questa scelta, estrema, di non sapere, si scopre, ancora una volta, il volto fiduciario della relazione, che porta il medico a decidere, valutando le condizioni del paziente, nel modo migliore per lui, nel suo esclusivo interesse. Non è un sostituirsi a lui, quasi sottrargli un ruolo attivo, di protagonista. In una tale situazione, che è un evento, un momento spesso drammatico della vita umana, a dominare la scena, a condizionare (e imporre) la scelta è la “regola tecnica”, la sola capace di diventare criterio di valutazione dell’interesse del paziente, e, di conseguenza, “fondamento della decisione”³¹. Il fatto che il medico sia tenuto a dare più informazioni possibili quanto maggiori siano i fattori di rischio o le probabilità di esito infausto di un intervento o di una terapia³², non esclude che egli debba tener conto di quella “alleanza personale” con il

sostiene che l’informazione non va ad integrare obblighi o proteggere interessi che nascono dal rapporto medico-paziente, quanto ad “esaurirli” perché rappresentano “nulla più che una specificazione della astrattamente complessa prestazione sanitaria”.

²⁸ In tal senso, L. Nivarra, *La responsabilità civile dei professionisti (medici, avvocati, notai): il punto sulla giurisprudenza*, in *Europa e dir. priv.*, 2000, 525, che oltre a ricordare la giurisprudenza, come pure l’identità “tra obbligo di prestazione e obbligo di protezione”, sottolinea, condividendola, la “tendenza alla piena contrattualizzazione del rapporto medico-paziente” che, però, ponendo il diritto alla salute “al centro del rapporto obbligatorio, opera una radicale semplificazione del contenuto di quest’ultimo facendo di ogni fase dell’attività sanitaria un segmento, autonomo, dell’unica prestazione a carico del medico che consiste nel prendersi cura, al meglio delle possibilità offerte dalla scienza e dalla tecnologia, della salute del malato in tutti i suoi possibili aspetti e risvolti, ivi incluso il diritto ad essere informato”.

²⁹ V., ancora, M. Paradiso, op. ult. cit., 343.

³⁰ M. Paradiso, op. ult. cit., 343, ne parla a proposito di “intervento necessario per curare uno stato patologico”, quando, invece, “si tratti di interventi non necessari sul piano terapeutico – trattamenti estetici, inseminazione assistita, sterilizzazione, etc. – l’informazione tende ad ampliarsi e dovrà essere completa in ogni suo aspetto”.

³¹ In questo senso, F. Cafaggi, *La responsabilità del professionista* cit., 175 s., il quale sottolinea che “l’esercizio del diritto a non sapere non può, tuttavia, essere utilizzato per allocare in capo al medico la responsabilità di una scelta che il paziente non ha voluto compiere”.

³² La giurisprudenza, su questo punto, è consolidata. Per la dottrina, che ha sostenuto la correlazione tra gravità

malato, di quella intesa “che usa anche di nozioni scientifiche e perizia tecnica”, ma che è, soprattutto, “pratica vitale”³³. Se così non fosse, si ridurrebbe la medicina da scienza volta a studiare le malattie e ad apprestare i mezzi per ricercarle, prevenirle, curarle – e la professione di chi la esercita, diretta ad alleviare le sofferenze umane – ad un “generico esercizio lavorativo, che fornisce prestazioni impersonali, in nome di un corpo sociale, di una struttura o di un’azienda, ad un utente libero, informato, pagante, un utente, che tale struttura/azienda abbia qualificato come cliente accreditabile. Il medico potrebbe così, paradossalmente, smettere di coltivare etica e deontologia, e limitarsi ad eseguire, per conto terzi, forniture di beni e servizi”³⁴.

La comunicazione, è, dunque, fondamentale nell’attività medica. L’attenzione al paziente impone il rispetto di regole comunicative che devono essere modulate sulla capacità di comprensione del malato³⁵. Anche il Codice deontologico, nella nuova versione, approvata il 16 dicembre 2006, su questo punto, non lascia margini a dubbi. Le parole sono chiare, scritte, quasi scolpite con cura estrema: “Il medico dovrà comunicare con il soggetto tenendo conto delle sue capacità di comprensione, al fine di promuoverne la massima partecipazione alle scelte decisionali e l’adesione alle proposte diagnostiche-terapeutiche” (art. 33, 2 comma). Un dettato che riprende, con alcune varianti, la linea suggestiva del vecchio Codice che invitava a circoscrivere le informazioni “a quegli elementi che cultura e condizione psicologica del paziente sono in grado di recepire ed accettare, evitando superflue precisazioni di dati inerenti gli aspetti scientifici”. Tutto ciò comporta la possibilità di non comunicare ogni cosa, perché “l’operatore sanitario deve temperare l’esigenza di informazione con la necessità di evitare che il paziente, per una qualsiasi remotissima eventualità, eviti di sottoporsi

del rischio ed ampiezza dell’obbligo, v., in particolare, G. Cattaneo, *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1957, 963, A. M. Princigalli, *La responsabilità del medico*, Napoli, 1983, 216, U. Nannini, *Il consenso al trattamento medico. Presupposti teorici e applicazioni giurisprudenziali in Francia e Italia*, Milano, 1989, 457 e 466 s. In passato si tendeva a differenziare il contenuto dell’obbligo di informazione a seconda che la prestazione medica fosse estetica o meno, ma la Cassazione, con la sentenza del 25 novembre 1994, n. 10014 (in *Foro it.*, 1995, I, 1, 2913), ha posto fine alla diversa disciplina, sostenendo che “un consenso immune da vizi (...) presuppone una completa informazione (...) da parte del sanitario o del chirurgo, senza che possa distinguersi tra chirurgia riabilitativa e chirurgia estetica (...). Solo così il paziente potrà consapevolmente decidere se sottoporsi all’intervento o ometterlo, in un bilanciamento tra vantaggi e rischi, specie allorché si tratti di intervento non necessitato come nel caso di chirurgia estetica”.

³³ Così, molto opportunamente, P. Cattorini, *La professione medica oggi. Dilemmi etici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2008, 1209.

³⁴ P. Cattorini, op. ult. cit.

³⁵ A. M. Princigalli, *La responsabilità del professionista* cit., 214, scrive, con parole significative, che “il grado di informazione deve dipendere innanzi tutto dalla capacità di comprensione e dalla cultura del soggetto, nonché dalle particolari esperienze relative alla sua salute”. Si parla di “limiti interni”, che derivano dalla “razionalità limitata del paziente”, che si contrappongono ai “limiti esterni”, legati, invece, allo “stato di necessità” e all’“obbligatorietà del trattamento medico”: F. Cafaggi, op. cit., 176.

anche ad un banale intervento”³⁶. Se si ragionasse, infatti, solo in termini di interesse del paziente, non si potrebbe escludere neanche la possibilità da parte del medico di non informare affatto: come succede in altri ordinamenti che contemplano questa ipotesi, espressione del cosiddetto “privilegio terapeutico”³⁷. Per il professionista, dunque, non è solo in questione la quantità delle informazioni da dare, ma anche la qualità delle stesse. È giusto così ritenere che il medico non illustri “i rischi comuni noti a tutti”³⁸ – a meno che “non siano particolarmente importanti per la professione e l’attività del paziente” – e che si limiti l’informazione ai “vantaggi e svantaggi che abbiano un’incidenza apprezzabile sul futuro tenore esistenziale del paziente”³⁹. Se è vero però che l’informazione va modellata sui bisogni e le esigenze del malato è pur vero, anche, che questo suo diritto “non può trasformarsi in un mezzo di ritorsione contro il professionista”⁴⁰. Il medico, infatti, “per quanto competente, attento, diligente disponibile esso sia”, non è un veggente, una sorta di indovino o negromante da cui “pretendere” la capacità di leggere a fondo il suo paziente, tanto da saper “individuare (anche) i più remoti bisogni e le più intime esigenze (...) per soddisfarle, pena la sua responsabilità”. È necessario, invece, riconoscergli “un margine di discrezione che razionalizzi il suo impegno e la sua eventuale responsabilità”, essendo il diritto, comunque, “mediazione fra libertà che necessariamente si limitano a vicenda”⁴¹.

3. La gabbia del consenso informato

Il discorso scivola così, inevitabilmente, sul piano della forma e cioè dell’aspetto esteriore, una sorta di abito che l’informazione deve indossare, se deve indossarlo. Occorre chiedersi, infatti, se la tutela del paziente venga realmente garantita dal ricorso a moduli o formulari, che tendono a ingabbiare un consenso molte volte inconsapevole. Il rischio è che, in questo modo, l’obbligo di informazione si riduca “ad un adempimento di tipo burocratico”, quando, al contrario, “esso deve essere espressione e conseguenza della scelta terapeutica intrapresa dal sanitario”⁴².

³⁶ V. Cass. 15 gennaio 1997, n. 364, in *Danno e resp.*, 1997, p. 178, con nota di V. Carbone, *Il consenso all’operazione vale come consenso all’anestesia?*. Aggiunge, puntualmente, A. M. Principalli, op. cit., 217, che “il medico può limitare l’informazione se la conoscenza completa ed assoluta delle modalità dell’intervento e dei rischi può provocare degli inconvenienti e influire negativamente sulla terapia”.

³⁷ V. F. Cafaggi, op. cit., 176.

³⁸ Così, ancora, A. M. Principalli, op. cit., 215.

³⁹ V. A. Donati, *Consenso informato e responsabilità da prestazione medica*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 11.

⁴⁰ In questo senso, e molto efficacemente, G. Criscuoli, *Ragionevolezza e «consenso informato» del paziente*, in *Rass. dir. civ.*, 1985, 487.

⁴¹ Sempre, G. Criscuoli, op. ult. cit., 487.

⁴² M. Gorgoni, *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare* cit., 1538, nt. 32, la quale sottolinea come la decisione commentata della Cassazione penale del 16 gennaio – 14 marzo 2008, n. 11335, si sofferma sul

L'utilizzo della forma scritta per il consenso appare la scelta migliore per il malato, "una misura di garanzia"⁴³ per lo stesso, un requisito che "correlato alla natura ed all'intensità dell'intervento", permette di "verificare la comprensione effettiva del paziente". Tutto questo è suffragato dall'orientamento diretto a rafforzare gli oneri di forma in materia di contratti conclusi con il consumatore, "in ragione dell'iniziale asimmetria informativa"⁴⁴. La verità, però, è che la formalizzazione del consenso⁴⁵, attraverso il quale il paziente assume su di sé i rischi prevedibili di un intervento terapeutico, altro non è che una trappola per il malato, perché i medici, spaventati da una possibile condanna civile o penale, considerano il consenso informato quasi come "una minaccia da cui difendersi", e dunque lo formalizzano sempre di più, "facendolo diventare, spesso, un atto di Medicina difensiva"⁴⁶. Questo modo di procedere, pertanto, non va sicuramente nell'interesse del paziente. Alcuni medici, infatti, per evitare l'accusa di "non aver fatto tutto il possibile", eccedono in esami e prescrizioni, "pur sapendoli superflui", facendo aumentare, così, di gran lunga i costi e allungando le liste d'attesa. Praticano, in questo modo, la cosiddetta "medicina difensiva positiva". A volte, invece, se intraprendono la strada della "medicina difensiva negativa", dirottano altrove i casi più o meno complicati, dedicando ampio spazio, nel corso del colloquio informativo, ai pericoli: ne consegue che "il paziente si rivolge (salvo il caso di emergenza) ad un altro medico meno cavilloso nell'informazione e quindi più rassicurante"⁴⁷. È necessario, viceversa, recuperare il vero "sen-

profilo della forma, "riconoscendo che il consenso è stato prestato in maniera grossolana e non soddisfacente, giacché i moduli paiono oltremodo generici e non in grado di dimostrare l'avvenuta consapevolezza del destinatario consenziente".

⁴³ Così, F. Cafaggi, op. cit., 177.

⁴⁴ Ancora, F. Cafaggi, op. ult. cit., 177 s., il quale ricorda, su questo punto, i contributi, preziosi, di N. Irti, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985; P. Perlingieri, *Forma negoziale e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; R. Lener, *Forma contrattuale e contraente «non qualificato»*, Milano, 1996.

⁴⁵ Sulla tematica relativa alla formalizzazione del consenso, v., in particolare, A. Rossi Carleo, *Brevi considerazioni sulla problematica della forma degli atti di disposizione del proprio corpo*, in AA. VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 700.

⁴⁶ Si esprimono, in questo senso, A. Fiori e G. La Monaca, *L'informazione al paziente ai fini del consenso: senza più limiti*, in *Riv. it. med. leg.*, 2000, 1312, critici nei confronti della decisione della Cassazione, sez. III, 28 gennaio-16 maggio 2000, n. 6318, perché la Suprema Corte aveva addossato ai medici l'obbligo giuridico di informare il paziente non solo della malattia, dei suoi intrinseci rischi, delle esigenze e dei rischi della diagnosi e della terapia, ma anche delle disfunzioni dell'ospedale in cui essi operavano.

⁴⁷ In questo senso, e con grande attenzione alla situazione reale in cui si confrontano medici e pazienti, F. Introna, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici*, in *Riv. it. med. leg.*, 2001, 904, il quale sottolinea la nascita della Medicina difensiva, prima negli Stati Uniti e poi in Europa e in Italia, a causa del costante aumento di accuse contro i medici. Ricorda, tra l'altro, la definizione che l'OTA (*Office of Technology Assessment*), incaricato dal Congresso degli Stati Uniti, ha dato della Medicina difensiva, e pubblicato con il titolo *Defensive medicine e Medical Malpractice*: questa, dunque, "si verifica quando i medici prescrivono test, trattamenti o visite oppure evitano pazienti ad alto rischio, primariamente allo scopo di evitare accuse. Quando i medici adottano il ricorso a test, trattamenti, ecc. clinicamente

so” del “consenso”⁴⁸. Esso è, prima di tutto, con le parole, incisive, del giudice costituzionale, “espressione della consapevole adesione al trattamento sanitario proposto da medico”, che si configura come “vero e proprio diritto della persona”, e “trova fondamento nei principi espressi nell’art. 2 della Costituzione, che ne tutela e promuove i diritti fondamentali, e negli artt. 13 e 32 della Costituzione, i quali stabiliscono, rispettivamente, che «la libertà personale è inviolabile», e che «nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge»”⁴⁹. Non meno importante è il codice deontologico⁵⁰, il quale ha cura di precisare, nell’art. 35 comma 2⁵¹, che “il consenso, espresso in forma scritta nei casi previsti dalla legge e nei casi in cui per la particolarità delle prestazioni diagnostiche e/o terapeutiche o per le possibili conseguenze delle stesse sulla integrità fisica si renda opportuna una manifestazione documentata della volontà della persona, è integrativo e non sostitutivo del processo informativo di cui all’art. 33”. Questo significa che il documento sottoscritto dal paziente, che racchiude il suo consenso, non sempre è necessario, “indispensabile”, e che, anzi, il più delle volte, “esso può rappresentare un elemento di inutile irrigidimento del rapporto di fiducia medico-paziente, che ostacola la libertà della scelta terapeutica invece di garantirla”⁵². È, dunque, la “prospettiva relazionale”, ispirata alla “natura fiduciaria del rapporto”⁵³, che va recuperata e che porta il medico a dover “a lungo dialogare con il paziente per far sì che questo comprenda i rischi” assicurandosi, poi, che egli abbia “ben compreso”⁵⁴. Il consenso informato, allora, non si può ridurre ad un modulo, sia pur dettagliato, e quasi identificandosi in esso.

superflui nel caso specifico, praticano la Medicina difensiva positiva; quando invece evitano casi difficili e li dirottano altrove, praticano la Medicina difensiva negativa”.

⁴⁸ La letteratura sul consenso informato è infinita; tra i lavori più recenti, v. G. Montanari Vergallo, *Il rapporto medico-paziente: consenso informato e informazione tra libertà e responsabilità*, Milano, 2008, G. Ferrando, *Consenso informato*, in *Il diritto: enciclopedia giuridica del Il Sole 24 Ore*, Milano, 2007, III, 742 ss., F. Agnino, *Il consenso informato al trattamento medico-chirurgico: profili penalistici e civilistici*, Torino, 2006.

⁴⁹ Corte Cost. (15 dicembre) 23 dicembre 2008 n. 438, in *Giur. Cost.*, 2008, 4945, part. 4951.

⁵⁰ Considera, quella deontologica, “l’unica disciplina generale del consenso informato”, G. Montanari Vergalli, *Il rapporto medico-paziente* cit., 36.

⁵¹ Dopo aver disciplinato, con estrema puntualità, tanto gli obblighi informativi del medico nei confronti del paziente (art. 33), che il divieto di procedere ad “attività diagnostica e/o terapeutica senza l’acquisizione del consenso esplicito e informato del paziente” (art. 35).

⁵² Così, molto opportunamente, R. Balduzzi – D. Paris, *Corte costituzionale e consenso informato tra diritti fondamentali e ripartizione delle competenze legislative*, che, commentando la decisione della Corte costituzionale n. 438 cit., 4959, sottolineano, chiaramente, come “il consenso informato (...) non si riduce e non si identifica con il documento sottoscritto dal paziente” perché quest’ultimo non può “mai (...) considerarsi sostitutivo” del “processo comunicativo” che “non sempre (...) richiede di essere documentato attraverso la forma scritta”: cfr., su questo punto, in particolare, M. Tavani, M. Picozzi, G. Salvati, *Manuale di deontologia medica*, Milano, 2007, 359 e 363.

⁵³ Così F. Cafaggi, op. cit., 177.

⁵⁴ F. Introna, *Un paradosso: con il progresso della medicina aumentano i processi contro i medici* cit., 905.

Anche la giurisprudenza della Cassazione sembra muoversi in questa direzione quando sostiene che non si può ritenere “debitamente assolto” l’obbligo di informazione in capo al medico “mediante la mera sottoscrizione (...) di un generico e non meglio precisato apposito modulo, dovendo (...) risultare per converso acclarato con certezza che il paziente sia stato dal medico reso previamente edotto delle specifiche modalità dell’intervento, dei relativi rischi, delle possibili complicazioni, ecc.”⁵⁵.

4. Oltrepassare il formalismo: la voce dei giudici

La verità è che non ci si può chiudere nella forma. La vera anima del consenso si coglie nel fatto di essere, prima di tutto, un “dovere di comportamento” che, come si legge in una recente sentenza, ha come presupposto “una attività di corretta informazione, sia nella fase di formazione del consenso, sia nella fase antecedente che in quella di esecuzione del contratto, riconducibile (come in altri settori) alla clausola generale di buona fede del nostro ordinamento civilistico ex artt. 1175, 1337, 1375 c.c.”⁵⁶. Ciò che bisogna evitare, dunque, non è l’informazione, ma, il formalismo dell’informazione, e cioè l’uso (abuso) esasperato e pedantesco della forma a scapito della sostanza, una pratica che è contraria agli interessi del paziente. Tutta questa impalcatura, che poggia sul consenso, e sulla forma del consenso, viene a cadere nel momento in cui ci si sofferma sulla responsabilità che nasce dalla violazione del diritto all’autodeterminazione del paziente. È quest’ultimo, infatti, il campo più importante e delicato, quello su cui si gioca la vera partita che coinvolge i soggetti in questione. E da questa partita, che non può contemplare vincitori e vinti, emerge con chiarezza, come si avrà modo di capire, che tutto il discorso sul formalismo tra professionista e cliente/paziente, viene a perdere di importanza, perché il vero problema si concentra sull’esistenza o meno del danno subito in concreto dal beneficiario della prestazione.

È necessario, dunque, chiedersi se la mera insufficienza del consenso informato, e, più in generale, se la scarsità o incompletezza delle informazioni fornite al clien-

⁵⁵ Cass., sez. III, 8 ottobre 2008, n. 24791. Il principio di libertà della forma aveva trovato riscontri anche in pronunce lontane nel tempo: cfr., ad esempio, Cass., 26 marzo 1981, n. 1773, secondo la quale “il consenso non è condizionato a specifici requisiti di forma e può essere manifestato al sanitario con un comportamento tacito, accertabile dal giudice attraverso la valutazione di tutte le circostanze del caso (...). Un dato comportamento può assurgere a manifestazione di tacito consenso a un atto operatorio per il quale è richiesto, solo in quanto rilevi in modo preciso e inequivocabile il proposito di sottoporsi all’atto medesimo”. Qualche voce contraria si è avuta soprattutto nella giurisprudenza di merito, in cui si è desunto il difetto di consenso dall’assenza di un documento scritto.

⁵⁶ Cass. 22 aprile–11 maggio 2009, n. 10741, in *Guida al dir.*, 1 agosto 2009 (n. 31), 57.

te dal professionista, possa essere fonte di responsabilità per così dire *in re ipsa* – con il conseguente obbligo di risarcire i danni, da liquidarsi, anche in via equitativa, ai sensi degli artt. 1226 e 2056 cod. civ. – anche nel caso in cui la prestazione professionale abbia dato risultati positivi per il paziente (cliente). Prima di giungere ad una risposta, che è senz'altro negativa, alla luce delle tre celebri sentenze del novembre 2008, è interessante tracciare, brevemente, il percorso seguito dalla giurisprudenza, sia penale che civile, da cui emerge una visione antitetica relativa, appunto, alla autonoma risarcibilità del pregiudizio arrecato all'autodeterminazione del paziente, quando il trattamento medico arbitrario non abbia determinato alcuna (altra) conseguenza di carattere negativo per l'interessato. Da una parte, così, si scopre un orientamento giurisprudenziale che fa leva proprio sulla ammissibilità del risarcimento da corrispondere al paziente, per la violazione di un diritto costituzionalmente garantito, qual è l'autodeterminazione alla cura, che merita tutela a prescindere dalla bontà dell'intervento eseguito, a regola d'arte, dal medico⁵⁷. Dall'altra, invece, e soprattutto in sede di legittimità⁵⁸, si nega il risarcimento per il semplice inadempimento dell'obbligo di informazione, che, però, recupera tutto il suo valore, nel caso di un peggioramento delle condizioni di salute dell'interessato⁵⁹. Quest'ultimo indirizzo, quindi, fa perno unicamente sul diritto alla salute, mentre quello alla autodeterminazione del paziente – privato di quelle qualità, "sfaccettature", che lo annoverano tra i diritti costituzionali, come quello alla libertà e all'identità personale – si riduce solo ad una sua "componente", strumentale al raggiungimento di quel benessere psico-fisico, che risulta essere il vero interesse da tutelare⁶⁰. Questa, però, è una strada rischiosa, perché la previsione di un'ulteriore somma di denaro a titolo

⁵⁷ Cfr. Trib. Venezia, 4 ottobre 2004, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 519, con nota di R. Bordon, *Chi non informa paga: danno esistenziale da inadempimento del contratto di assistenza sanitaria*; Trib. Genova, 10 gennaio 2006, in *Danno e resp.*, 2006, 537, con nota di A. Lanotte, *L'obbligo di informazione: adempimento di un 'dovere burocratico'?*; Trib. Viterbo, 27 novembre 2006 n. 1081, in *Guida al dir.*, 2007, 39, con nota di A. Micali, *Il paziente deve essere consapevole dei rischi dell'intervento chirurgico* (p. 44).

⁵⁸ Cass., 6 ottobre 1997, n. 9705, in *Resp. civ. e prev.*, 1998, 667; Cass. 14 marzo 2006, n. 5444, *Riv. it. med. leg.*, 2007, 865.

⁵⁹ V. Trib. Milano, 29 marzo 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 751, con nota di G. Gennari, *Consenso (dis)informato: quale il danno da risarcire?*; Trib. Roma, 10 maggio 2005, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 149, con nota di G. Facci, *Violazione del dovere di informazione da parte del sanitario e risarcimento del danno* (p. 41); Trib. Novara, 5 giugno 2007, n. 40, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1181; Trib. Milano, 8 giugno 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 402, con nota di G. Facci, *Brevi osservazioni in tema di funzione riparatoria della responsabilità civile e violazione del sanitario del dovere di informazione*; Trib. Milano, 4 marzo 2008 n. 2847, in *Resp. civ.*, 2009, 75.

⁶⁰ V. R. Campione, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S. U. penali nella prospettiva civilistica*, in *Resp. civ.*, 11, 2009, 898, che, in maniera molto incisiva, denuncia gli "esiti assolutamente irragionevoli" che deriverebbero da una lettura "riduttiva" dell'autodeterminazione, perché verrebbero disciplinati in maniera "dissimile casi meritevoli di analoga tutela": se si seguisse tale via, infatti, si arriverebbe ad accordare un risarcimento ulteriore ad un soggetto, cui senza la previa acquisizione del

di danno non patrimoniale, fa intravedere una duplicazione risarcitoria a favore della vittima, la cui riparazione è, invece, già racchiusa nella liquidazione del danno biologico⁶¹.

Anche in campo penale, si è registrato un contrasto interpretativo basato sulla legittimità o meno dell'intervento sanitario non assentito⁶². Ma, con una decisione significativa, le Sezioni Unite penali hanno fatto emergere il sostanziale recepimento della teoria, sviluppatasi in sede civile, della cosiddetta auto-legittimazione dell'attività medica, "la quale rinverrebbe il proprio fondamento non tanto nella scriminante tipizzata del consenso dell'avente diritto, come definita dall'art. 50 c.p., quanto nella stessa finalità, che le è propria, di tutela della salute, come bene costituzionalmente garantito"⁶³. Si può, pertanto, immaginare la presenza nel sistema di una sorta di "scriminante costituzionale", che è "la fonte che "giustifica" l'attività sanitaria, in genere, e medico-chirurgica, in specie, fatte salve soltanto le ipotesi in cui essa

consenso, venisse praticata una trasfusione con plasma infetto, e negarlo, invece, nel caso di un malato sempre trasfuso arbitrariamente ma con sangue non contaminato.

⁶¹ Cfr., su questo punto, ancora, R. Campione op. ult. cit., 898, e, come approfondimento sul tema relativo alla duplicazione risarcitoria, v., in particolare, M. Gorgoni, *Le duplicazioni risarcitorie del danno alla persona*, in *Danno e resp.*, 2010, 1, 13 ss. (che sostiene la tesi della esclusione di un'autonoma pretesa risarcitoria, in caso di mera offesa del diritto alla autodeterminazione alle cure, per rispondere ad "esigenze di equità" e di "buon senso").

⁶² Il percorso giurisprudenziale, che ha inizio con il lontano caso Massimo (Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639, in *Cass. pen.*, 1993, 63 ss.) – in cui si configurano i reati di lesione personale volontaria (art. 582 c.p.) e, in caso di decesso, quello di omicidio preterintenzionale (art. 589 c.p.), in caso di intervento chirurgico di più grave entità rispetto a quello meno cruento ma condiviso – per spostarsi, poi, sul caso Baresi (Cass. pen., sez. IV, 9 marzo 2001, n. 28132, in *Cass. pen.*, 2002, 527, con nota di G. Iadecola, *Sulla configurabilità del delitto di omicidio preterintenzionale in caso di trattamento medico con esito infausto praticato al di fuori dell'urgenza e senza il consenso del paziente*) – che si esprime in maniera diversa, stante la finalità terapeutica dell'intervento chirurgico ultroneo a quanto consentito dal paziente – per arrivare, infine, passando dal caso Firenzani (Cass. pen., 11 luglio 2001, n. 35822, in *Cass. pen.*, 2002, 517) – in cui si afferma che "la mancanza del consenso (opportunamente informato) del malato o la sua invalidità per altre ragioni, determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto posto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo" – e dal caso Volterrani (Cass. pen., sez. I, 29 maggio 2002, n. 26446, in *Cass. pen.*, 2002, 2041) – in cui si puntualizza che il medico, pur se "legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso", ha l'obbligo di astenersi, seppure possa derivarne la morte, in caso di rifiuto del paziente stesso – a sostenere, di recente, che il consenso informato del paziente costituisce presupposto di liceità dell'attività del medico che somministra il trattamento, e che però non sempre è possibile configurare una sua responsabilità a titolo di omicidio preterintenzionale, in caso di esito letale, o di lesioni personali, perché il sanitario agisce con una finalità curativa incompatibile con il dolo (cfr. Cass. pen., sez. IV, 16 gennaio-14 marzo 2008, n. 11335, in *Resp. civ. e prev.*, commentata da M. Gorgoni, *Il medico non ha il diritto, ma solo la potestà di curare* cit., 1535; Cass. pen., sez. IV, 24 giugno 2008, n. 37077).

⁶³ Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437, in *Resp. civ.*, 11, 2009, 881 ss., part. 884, commentata da R. Campione, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso: la svolta delle S.U. penali nella prospettiva civilistica* cit., 889 ss.

sia rivolta a fini diversi da quelli terapeutici (...)”⁶⁴. I giudici, quindi, hanno posto fine a un vero e proprio “travaglio giurisprudenziale”⁶⁵, statuendo che un intervento terapeutico, non previamente concordato con il paziente, ma eseguito secondo le regole dell’arte ed avente “esito fausto” – nel senso che dall’intervento stesso è derivato un “miglioramento apprezzabile delle condizioni di salute”⁶⁶, in riferimento anche alle eventuali alternative ipotizzabili e senza che vi fossero indicazioni contrarie da parte del paziente medesimo – è privo di rilevanza penale. Semmai, si è detto, “potrà rilevare su altri piani”⁶⁷. Ed è proprio su uno di questi piani, quello del diritto civile, in particolare, che si misurano i limiti, e gli inconvenienti, di quelle posizioni estreme che vanno, dunque, abbandonate, recuperando, invece, la vera dimensione del problema, che è quello del pregiudizio configurabile in concreto e della conseguente riparazione del danno.

Muovendosi, infatti, tra le pieghe delle decisioni che, prima nel 2003⁶⁸ e poi nel 2008⁶⁹, hanno ridisegnato la figura del danno non patrimoniale, si constata, senza alcun dubbio, che la tesi del “danno evento” deve essere “disattesa”⁷⁰. Essa, infatti, “enunciata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 184/1986, è stata (...) superata dalla successiva sentenza n. 372/1994, seguita da questa Corte con le sentenze gemelle del 2003”. E analogamente, va respinta l’“affermazione” – una “variante”, come hanno cura di sottolineare i giudici della Cassazione – che, quando si scalfiscono i valori della persona, “il danno sarebbe *in re ipsa*”, perché “la tesi snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell’effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo”⁷¹. Anche quest’ultimo aspetto, dunque, non è da trascurare. La considerazione del risarcimento come legato unicamente alla condotta dell’agente e alla lesione dell’interesse in sé e per sé considerato, farebbe scivolare la responsabilità civile in uno spazio che non le appartiene, quello cioè della sanzione, che contrasterebbe con la funzione riparatoria, che, invece, la caratterizza. Questa lettura impone, così, di non valutare il diritto alla autodeterminazione del paziente semplicemente “in astratto”⁷² ma, al

⁶⁴ Così Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437 cit., 885.

⁶⁵ M. Barni, *La autolegittimazione dell’attività medica e la volontà del paziente* cit., 2173.

⁶⁶ Ancora Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437 cit., 889.

⁶⁷ Cass. pen., Sez. Un., 18 dicembre 2008, n. 2437 loc. cit.

⁶⁸ Il riferimento è alle sentenze della Cassazione del 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828.

⁶⁹ V. Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, nn. 26972-2 da 6975, in *Danno e resp.*, 2009, 19 ss., con note di A. Procida Mirabelli di Lauro, *Il danno non patrimoniale secondo le Sezioni Unite. Un “de profundis” per il danno esistenziale*; S. Landini, *Danno biologico e danno morale soggettivo nelle sentenze della Cass. SS. UU. 26972, 26973, 26974, 26975/2008*; C. Sganga, *Le Sezioni Unite e l’art. 2059 c.c.: censure, riordini e innovazioni del dopo principio*.

⁷⁰ Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 cit., 32.

⁷¹ In questo senso si esprime sempre, nelle battute finali, Cass., Sez. Un., 11 novembre 2008, n. 26972 loc. cit.

⁷² Su questo punto v., in particolare, G. Facci, *Il consenso informato all’atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una “trappola” per il sanitario?*, in *Resp. civ.*, 2006, 493, che riporta

contrario, di rapportarlo “alle conseguenze pregiudizievoli effettivamente subite dalla vittima in ragione del fatto lesivo”⁷³. In questo senso, dunque, si può sostenere che la lesione di un diritto costituzionalmente garantito deve essere “allegato e provato”⁷⁴ da chi lo invoca. In questo quadro, e in perfetta sintonia con quanto detto, si inserisce la sentenza, recentissima, della Cassazione n. 2847 del 9 febbraio 2010⁷⁵, che sembra quasi chiudere il cerchio. La vicenda ruota intorno alla richiesta di risarcimento danni da parte di una paziente sottoposta ad un intervento, necessario e correttamente eseguito, di rimozione della cataratta a cui era, però, conseguita, come complicanza, una cheratite corneale bollosa, per la cui rimozione si era reso necessario ricorrere al trapianto di cornea. Nella loro decisione i giudici pongono, dunque, una serie di puntelli importanti, che contribuiscono a chiarire il rapporto tra medico e paziente, il ruolo dell’informazione e del consenso cosiddetto “consapevolmente prestato”⁷⁶, la funzione, in particolare, del risarcimento del danno non patrimoniale e, infine, sollevano, cosa non meno rilevante, la questione del nesso di causalità e dell’onere della prova. È una pronuncia pregnante, densa di argomenti e di concetti, legati l’uno a l’altro, come pezzi di un puzzle. Soffermandosi, così, sul pregiudizio per la lesione del diritto alla autodeterminazione, che quell’“alleanza terapeutica” tra le parti andrebbe di fatto a negare, si scopre, chiaramente, che esso finisce per ridursi ad uno stato di “turbamento di intensità ovviamente correlata alla gravità delle conseguenze verificatesi e non prospettate come possibili”. La risarcibilità del danno non patrimoniale sussisterebbe, in questo caso, solo se “esso varchi la soglia della gravità dell’offesa secondo i canoni delineati dalle sentenze delle Sezioni unite nn. da 26972 a 26974 del 2008, con le quali s’è stabilito che il diritto deve essere inciso oltre un certo livello minimo di tollerabilità”: grado che il giudice de-

l’impostazione del Giudice milanese (Trib. Milano, 29.3.2005, in *Resp. civ.*, 2005, 664), secondo cui il diritto all’autodeterminazione del paziente deve essere valutato “alla luce delle effettive possibilità che lo stesso aveva di rapportarsi di fronte all’atto medico: se non vi erano alternative diagnostiche o terapeutiche e se risulta che il paziente, anche se fosse stato correttamente informato, si sarebbe ugualmente sottoposto al trattamento sanitario, risulta alquanto difficile individuare un pregiudizio risarcibile in capo al paziente”.

⁷³ Cfr. R. Campione, *Trattamento medico eseguito lege artis in difetto di consenso* cit., 897.

⁷⁴ V., ancora, R. Campione loc. cit., il quale ricorda che tale principio è stato ribadito, ultimamente, nella sentenza della Cassazione n. 4493 del 25 febbraio 2009 (in *Danno e resp.*, 2009, con nota di G. Ponzanelli, *Conferme ed incertezze della Cassazione dopo le S.U.*), che ha appunto negato la configurabilità del danno non patrimoniale come conseguenza automatica dell’illecito, perché è assolutamente necessario allegare e provare il pregiudizio subito. V., anche, G. Facci, loc. cit., secondo cui “il danneggiato deve fornire la prova del danno nei suoi caratteri naturalistici, inoltre, deve dimostrare l’incidenza di tale pregiudizio sulle attività realizzatrici, con conseguente alterazione della personalità, sia sotto il profilo personale che relazionale”.

⁷⁵ In *Danno e resp.*, 7/2010, 685 ss., con nota di R. Simone, *Consenso informato e onere della prova*.

⁷⁶ È l’espressione utilizzata dai giudici nella sentenza n. 2847 del 9 febbraio 2010 cit., 689, che ritengono “più propria” tale locuzione rispetto a quella corrente, “giacché «informato» non è il consenso, ma deve esserlo il paziente che lo presta”.

terminerà “nel bilanciamento tra principio di solidarietà e di tolleranza secondo il parametro costituito dalla coscienza sociale in un determinato momento storico”⁷⁷.

L'altra questione, fondamentale, che si affronta nella sentenza, e che è spesso trascurata quando si discute di informazione, è quella relativa alla sussistenza del nesso di causalità che “va verificata in relazione al rapporto tra attività omissiva del medico per non aver informato il paziente ed esecuzione dell'intervento”. È necessario, dunque, ragionare delle conseguenze pregiudizievoli e capire se “la condotta omessa avrebbe evitato l'evento”, e cioè la lesione della salute, “per le, pure incolpevoli, conseguenze negative dell'intervento”, dal momento che il paziente lo avrebbe rifiutato “ove fosse stato compiutamente informato, giacché altrimenti la condotta omessa dal medico (...) non avrebbe comunque evitato l'evento (...)”. Tutto ciò non è poca cosa. Significa, infatti, ammettere che non si può dar nulla per scontato, che non si può attribuire *de plano* la responsabilità al professionista per i danni derivanti da un intervento chirurgico necessario e correttamente eseguito, “per il solo fatto di non aver informato il paziente della possibilità che quelle conseguenze si verificassero”⁷⁸. C'è da aggiungere, inoltre, la considerazione, un ulteriore tassello riguardante l'onere della prova del nesso causale tra inadempimento e danno, e che, racchiuso nel giro di quattro lettere – dalla a alla d appunto – viene attribuito al paziente, per essere la parte che pretende il risarcimento; e ciò perché “il fatto positivo da provare è il rifiuto che sarebbe stato opposto (...) al medico”, per la “vicinanza” al fatto da provare, in quanto il discostamento della sua scelta dalla valutazione di opportunità del medico “costituisce un'eventualità che non corrisponde all'*id quod plerumque accidit*”. Si coglie, in questo passaggio della decisione, “quel senso di dipendenza del paziente rispetto al medico nelle cui mani il primo si pone”; e si intuisce pure che non è possibile fare diversamente, e cioè pretendere dal medico ciò che lui non è in grado di dimostrare, vale a dire la ricostruzione di una ipotetica volontà del paziente.

Torna, ancora una volta, e tra le righe, la sagoma della fiducia, la logica dell'affidamento, che caratterizza non solo il campo medico ma tutti i rapporti tra professionisti e beneficiari della prestazione. Ed in questa prospettiva, si può comprendere, meglio, l'anima del consenso informato, il suo fondamento più nascosto, l'essenza

⁷⁷ Cass. 9 febbraio 2010 n. 2847 cit., 688.

⁷⁸ Sono tutte citazioni tratte dalla sentenza della Cass. n. 2847, più volte citata, che, come sostiene, nel commento, R. Simone, prima di tutto “marca in modo assai netto la reciproca indipendenza tra diritto all'autodeterminazione, visto in chiave di rispetto della piena responsabilità dell'individuo in ordine alla conduzione della propria vita, e diritto alla salute, poiché, diversamente da quanto frequentemente reclamato nelle aule dei tribunali, la lesione dell'uno non implica in via automatica quella dell'altro”; ed inoltre “affronta *ex professo* il profilo della ricostruzione del nesso di causa e, meritoriamente, mette a fuoco più nel dettaglio i termini della serie causale” (pp. 691 s.).

che si basa, volendo usare un'immagine realistica, di suono aspro, sul "prendere o lasciare". Se il medico decide di intraprendere un certo trattamento, che ha delle conseguenze inequivocabili, il paziente potrebbe non accettarlo, ma se lo accetta, non può pretendere però di ottenere risultati impossibili, se non addirittura miracolosi. In questo campo, dunque, non c'è posto per la negoziazione. Il che vuol dire che la tutela della salute assorbe, nella maggior parte dei casi, il diritto alla autodeterminazione: che non può, dunque, essere isolato dal contesto, e cioè dall'insieme delle circostanze e delle situazioni in cui si colloca, e che hanno al centro, in posizione primaria, la persona del malato. È un diritto che deve, comunque, necessariamente misurarsi con il danno verificatosi in concreto ad un bene o ad un interesse costituzionalmente protetto, che non solo è tutto da dimostrare, ma che deve avere, anche, una particolare gravità. A queste regole, rimarcate molto chiaramente dalle Sezioni Unite del 2008, non si sfugge. Se, dunque, una certa prestazione ha consentito al creditore di ottenere risultati favorevoli – e, in particolare, al paziente di conseguire un miglioramento della sua salute, che, senza l'intervento del medico, sarebbe stata compromessa – non può configurarsi alcun risarcimento.

5. Riscoprire la diligenza

Ebbene, solo seguendo la linea tracciata dalle pronunce della Suprema Corte, note come sentenze di S. Martino, è possibile evitare soluzioni viziate da un eccessivo formalismo: tendenza a dare importanza esagerata alla forma piuttosto che al contenuto, e che si annida in tutte quelle ipotesi in cui il professionista sarebbe, in teoria, chiamato a rispondere per la mera mancanza del consenso, quando si trova ad affrontare un intervento imprevisto, o effettuato con una metodica diversa da quella concordata, anche se utile a salvaguardare la salute del paziente⁷⁹. La concessione del risarcimento del danno *in re ipsa*, invece, va abbandonata a favore di una lettura che guardi, in concreto, all'attività posta in essere dal professionista, e che, se vantaggiosa per il cliente o paziente, non potrà mai investirlo di responsabilità per la semplice carenza o assenza di adeguate informazioni.

Occorre, quindi, soffermarsi, con più attenzione, sulla diligenza del professionista, sul suo "saper fare" come criterio di responsabilità. Un dato, questo, che da una parte permette di superare posizioni eccessivamente formalistiche, e dall'altra con-

⁷⁹ Può configurarsi, semmai, una colpa del sanitario "per errore di previsione", nel senso, cioè, che ciò che si prospetta al paziente "è l'effetto di una non corretta diagnosi riverberatasi sulla scelta terapeutica che, evidentemente inadeguata, richiede in corso d'opera un aggiustamento non previamente assentito": così, M. Gorgoni, *Ancora dubbi sul danno risarcibile a seguito di violazione dell'obbligo di informazione gravante sul sanitario*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 1022, la quale sostiene che, in tal caso, "non vi è spazio risarcitorio per il danno derivante dalla lesione del diritto all'autodeterminazione".

sente di dare il giusto peso alle competenze e abilità del professionista, nonché all'essenza stessa del rapporto professionale, caratterizzato, come si è detto, dalla fiducia che si ripone sulle capacità di chi si sceglie, di colui che si prenderà cura della persona. Ed in quest'ottica, appare assai significativo quanto statuito dai giudici della Cassazione (nella sentenza n. 10741 del 2009)⁸⁰, secondo cui "la limitazione stabilita dall'art. 2236 c.c., della responsabilità del prestatore d'opera intellettuale alla colpa grave, configurabile nel caso di mancata applicazione delle cognizioni fondamentali attinenti alla professione, è applicabile soltanto per la colpa da imperizia nei casi di prestazioni particolarmente difficili; non possono invece mai difettare, neppure nei casi di particolare difficoltà, nel medico gli obblighi di diligenza del professionista che è un debitore qualificato, ai sensi dell'art. 1176, 2 comma c.c., e di prudenza, che pertanto, pur in casi particolare difficoltà, risponde per colpa lieve". Tanto è vero questo, che, quando si definisce l'obbligazione del professionista si fa riferimento al "modo (...) con cui egli ha svolto quella specifica prestazione", e così la diligenza "finisce per tal via con il costituire sia il criterio di imputazione dell'inadempimento che quello di determinazione del contenuto della prestazione"⁸¹. Si abbandona, in tal modo, la visione di un "astratto modello di professionista": esemplare che viene, invece, calato nella realtà e giudicato per il tipo di prestazione eseguita in concreto, secondo il parametro di cui all'art. 1176, comma 2 c.c. Ed è tanto forte il richiamo alla "perizia che ne deve contrassegnare l'attività" che i giudici, anche di fronte ad un rapporto in cui manchi un contratto, trattandosi di prestazioni rese nell'ambito ospedaliero, puntano i riflettori sul contenuto oggettivo della prestazione medica, che deve garantire appunto la tutela della salute⁸². Non è possibile, pertanto, sottrarsi alle regole dell'obbligazione contrattuale. Questa "tendenza alla «contrattualizzazione»" della responsabilità medica – che si desume anche dall'"applicazione analogica dell'art. 2236 c.c. al campo extracontrattuale" – dimostra come sia "il piano probatorio" il terreno sul quale deve confrontarsi tale responsabilità: e del resto, "il diritto agisce vestito dalle prove"⁸³. Un altro punto certo è, dun-

⁸⁰ Già ricordata in precedenza (p. 59) e che, su questo punto, richiama altre sentenze abbastanza recenti, tra cui Cass. n. 12273/2004.

⁸¹ V. l'attenta analisi di V. Zambrano-P. Matera, *Prova e tutela della persona: il paradigma della responsabilità medica nell'esperienza comparatistica*, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 1603 s., i quali facendo riferimento alla "tipicità del caso", sottolineano che anche la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato viene a stemperarsi, perché altrimenti si corre il "rischio" di fermarsi ad una "valutazione formalistica del rapporto in nome della quale si smarrisce la varietà degli interessi espressi dalle diverse situazioni giuridiche sottoposte al professionista".

⁸² Su questo punto v., in particolare, Cass. civ., 22 gennaio 1999, n. 589.

⁸³ Ricordano le illuminanti parole, sempre attuali, di V. Carnelutti (*La prova civile*, Roma, 1947, 2 ed., 21), V. Zambrano-P. Matera, *Prova e tutela della persona* cit., 1660 nt. 1, per i quali "consenso, nesso di causalità, onere della prova appaiono (...) i profili che filtrano le istanze di risarcimento avanzate da pazienti danneggiati". Sulla "necessità della prova" richiama l'attenzione M. Paradiso, *La responsabilità medica: dal torto al*

que, l'impossibilità di ipotizzare, in questo campo, una responsabilità oggettiva, e per una serie di motivi tesi "a scongiurare un apprezzamento troppo rigoroso del comportamento del medico": sia "per il fatto che – secondo la teoria tradizionale – nel nostro ordinamento la responsabilità è ammessa solo in casi di eccezione (...)", sia "per una ragione di carattere storico e teleologico", perché "la responsabilità oggettiva è, normalmente, responsabilità d'impresa", e che, quindi, "mal si adatta all'attività del medico (...)", sia "per una ragione di carattere strutturale, perché all'attività liberale e «nobile» (...) ripugna l'accollo di obbligazioni risarcitorie non determinate da dolo o colpa, cioè da un fatto dipendente dalla volontà del soggetto o da un suo errore di comportamento", e sia, infine, "per una ragione di politica del diritto, in quanto l'attribuzione di una responsabilità oggettiva scoraggerebbe l'esercizio di una attività che è strettamente necessaria, e quindi sommamente utile, all'organizzazione sociale"⁸⁴.

L'atteggiamento che si coglie, invece, in questa materia è quello di una sorta di "responsabilizzazione pseudogarantista", che spesso travolge gli operatori del diritto, impegnati il più delle volte a proteggere quei "soggetti che si assumono apoditticamente deboli"⁸⁵. La giustificazione nasce, forse, dall'irrompere di quella "categoria incerta" e "ambigua", come è stata definita, dei diritti fondamentali della persona, che distingue il nostro ordinamento, "impegnato nel proclamare diritti piuttosto che preoccupato di predisporre gli strumenti atti a realizzarli in concreto"⁸⁶.

Ebbene la tematica del consenso informato non può prescindere da questa cornice. Essa, dunque, non deve costituire un escamotage, una trovata diretta ad assicurare un facile risarcimento "quando la strada dell'imperizia dell'operatore sanitario si riveli impraticabile"⁸⁷. È necessario, perciò, ridefinire i suoi contorni, sfumandoli,

contratto cit., 348, secondo il quale "troppo spesso in giurisprudenza si dà per scontato tale profilo, sì che la responsabilità finisce con l'assumere una valenza punitiva che, viceversa, andrebbe lasciata nell'ambito della responsabilità disciplinare".

⁸⁴ In questo senso, molto opportunamente, e con grande chiarezza, G. Alpa, *La responsabilità medica*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, 322 s., che aggiunge, anche, che "se non si perviene al confine della responsabilità oggettiva, ci si muove in un'area che non si trincerà dietro lo schermo della diligenza del buon padre di famiglia, ma richiede al medico un *quid pluris*, in corrispondenza alle nuove tecniche di tutela che si intendono apprestare per il paziente".

⁸⁵ V., in tal senso, le giuste osservazioni di L. Bellanova, *Il dovere di informare: una nuova frontiera della responsabilità del medico?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2000, 167 ss.

⁸⁶ Così ancora L. Bellanova, *Il dovere di informare* cit., 169, che, molto efficacemente, aggiunge che "alle deficienze del sistema sanitario sembrerebbe reagirsi mediante la previsione di nuove prospettive della responsabilità del medico e ciò non in quanto svolgimento naturale dell'affermazione dei diritti fondamentali della persona, ma quale prezzo da pagare per 'garantire' quasi l'immunità di un'organizzazione sanitaria cronicamente inefficiente".

⁸⁷ Cfr. G. Facci, *Il consenso informato all'atto medico: esercizio di un diritto costituzionalmente garantito per il paziente o una "trappola" per il sanitario?* cit., 494, che richiama, sul punto, anche Zana, *Responsabilità medica e tutela del paziente*, Milano, 1993, 39.

perché “il dovere di informazione non può essere assolutizzato”, ma “deve calibrarsi” nel suo contesto, fatto di relazioni professionali specifiche, che nascono complesse, e che si nutrono non solo di obblighi ma anche di diritti, appartenenti ad entrambe le parti⁸⁸. Al medico, dunque, deve essere garantita quell'autonomia decisionale, che gli permetta di esercitare la professione senza le briglie di una forma, racchiusa magari in moduli prestampati, siglati, per prassi, e frettolosamente, e “in cui tutto è detto, ma niente in realtà è dato comprendere da parte del paziente”⁸⁹. Il rischio che i contratti conclusi con il professionista si trasformino in contratti di adesione, dove si aderisce puramente e semplicemente, e che tutto rappresentano fuorché una garanzia per il malato, esiste ed è concreto. Occorre, dunque, sollevare il velo del formalismo, anzi dell'eccesso di formalismo, che è espediente, il più delle volte, per disconoscere la correttezza e la lealtà che sono i valori alla base dei rapporti: principi, questi, fondamentali, e che vanno perciò riscoperti e non mortificati.

⁸⁸ L. Bellanova, *Il dovere di informare* cit., 168, che suggerisce appunto di “vagliare il tema della responsabilità del medico anche secondo un ragionamento ribaltato, capace di apprezzarne i diritti alla rovescia”.

⁸⁹ Su questo punto cfr., sempre, L. Bellanova, loc. cit., il quale constata che quell'autonomia decisionale di cui il medico deve essere investito, talvolta “è resa necessaria ed imprescindibile dal confronto con psicologie labili ed insicure”, e non si può, dunque, ignorare “la *vis* paralizzante che un'informazione puntuale ed adeguata talvolta è in grado di determinare su un soggetto debole, indeciso se scegliere di conservare quel poco di salute che gli rimane o di correre rischi per guarire ovvero progredire sulla strada della guarigione”; L. Rossi Carleo, *Brevi considerazioni sulla problematica della forma del consenso negli atti di disposizione del proprio corpo*, in AA.VV., *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, 700 ss.

Problemi delle professioni

Strumenti di composizione della crisi reversibile d'impresa: impatti fiscali e legali

di Alessandro Pellegatta

SOMMARIO: 1. Premessa (e anticipazione delle conclusioni). La casistica degli strumenti di composizione della crisi reversibile d'impresa; l'eccesso di debito e i possibili scenari di deleverage (cenni); fiscalità e crisi d'impresa. – 2. La circolare dell'Agenzia delle Entrate n.42/E del 3 agosto 2010; le partecipazioni acquisite per il recupero dei crediti bancari ex art.113 TUIR e la necessità d'interpello preventivo; la scarsa utilizzazione della transazione fiscale prevista dall'art.182-ter l.fall. – 3. La rinuncia al credito (write off) da parte della banca e l'insorgenza di sopravvenienze attive tassabili in capo al debitore (borrower) nelle azioni di risanamento. – 4. La cessione del credito della banca con pagamento differito all'exit; necessità dei requisiti di "certezza" e "determinabilità" per la deducibilità fiscale della perdita della banca cedente. – 5. La conversione del credito bancario in strumenti finanziari partecipativi (SFP): aspetti legali e condizioni di deducibilità della perdita per la banca; le disposizioni della Banca d'Italia per l'acquisizione di partecipazioni per il recupero dei crediti. – 6. Art.37 bis del DPR 600/73 e sentenza della Cassazione, Sezione Trib. Civile, 30 novembre 2011 n. 25537: l'abuso del diritto. – 7. Conclusioni (ripensando a Luigi Einaudi).

“...Il profitto è il prezzo che si deve pagare perché il pensiero possa liberamente avanzare alla conquista della verità, perché gli innovatori mettano alla prova le loro scoperte, perché gli uomini intraprendenti possano continuamente rompere la frontiera del noto, del già sperimentato, e muovere verso l'ignoto ancora aperto all'avanzamento materiale e morale dell'umanità”
(Luigi Einaudi, “In lode del profitto”)

1. Premessa (e anticipazione delle conclusioni). La casistica degli strumenti di composizione della crisi reversibile d'impresa; l'eccesso di debito e i possibili scenari di *deleverage* (cenni); fiscalità e crisi d'impresa

Come noto, con la pubblicazione dell'art. 48 del decreto-legge n.78/2010 sono stati introdotti elementi di novità sostanziale sul fronte civilistico, poi confermati con la legge di conversione (la numero 122 del 2010), tesi al potenziamento e all'utilizzabilità dello strumento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti attualmente

disciplinato dall'art. 182-bis l.fall. Le novità legislative sono state indubbiamente positive, e hanno colmato lacune evidenti (specie se si considera anche l'introduzione del nuovo art.217-bis l.fall.). Tuttavia è ancora prematuro affermare se e in che misura sarà favorita una maggiore attrattività dell'art.182 bis l.fall., eventualmente a scapito del "piano di risanamento asseverato"; è in ogni caso un dato di fatto che gli accordi di ristrutturazione continuino a essere utilizzati solo in modo sporadico, e siano numericamente inferiori ai piani di risanamento asseverati. Permangono, infatti, alcune incognite sulla generale percorribilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, prime fra tutte la tempistica della procedura e, soprattutto, la mancata definizione di alcuni importanti aspetti di fiscalità.

Dall'accordo di ristrutturazione possono, infatti, emergere delle plusvalenze, scaturenti dalla cessione ai creditori di beni a un valore superiore a quello fiscale, oppure delle sopravvenienze attive, per l'effetto della rinuncia parziale concordata dei debiti da parte dei creditori aderenti all'accordo. Trattasi, ovviamente, di componenti economiche straordinarie assoggettabili alle imposte dirette, in quanto attualmente non trovano automatica applicazione le disposizioni di non imponibilità previste in materia concordataria dagli art.86, V, e 88 VII comma, del Tuir. Su questo punto, appare lecito pensare che il legislatore abbia concepito le disposizioni dell'art.48 del citato decreto-legge anche in previsione della citata assoggettabilità, in luogo della più volte richiesta assimilazione dell'accordo di ristrutturazione alle procedure concorsuali. Detto art.48 risulterebbe pertanto frutto di un compromesso: garantire il superamento della crisi d'impresa garantendo ex lege la citata deducibilità, nel presupposto che ciò si traduca anche in un maggior gettito fiscale per l'Erario. Si arriva così a un assurdo in termini fiscali: concordato e accordo di ristrutturazione, pur muovendo dagli stessi presupposti (lo stato di crisi aziendale) e pur prospettandosi le stesse finalità (il risanamento aziendale), continuano a essere regolati da regimi tributari differenti.

La mancata estensione delle agevolazioni tributarie del concordato agli accordi di ristrutturazione del debito ex art.182-bis l.fall. rischia di limitare fortemente l'utilizzo di questi ultimi, anche per la limitata deducibilità fiscale delle perdite del creditore. Stando anche alla circolare delle Agenzia delle Entrate del 13 marzo 2009 n.8/E, la disciplina degli accordi di ristrutturazione, non essendo ancora stata recepita dal legislatore fiscale all'interno dell'art.101, comma 5, del TUIR, non consentirebbe infatti al creditore la deducibilità immediata contenuta nel citato ultimo articolo delle perdite su crediti generatesi a partire dalla data di omologa del Tribunale. In breve, mentre la sussistenza degli elementi "certi" e "precisi" dell'inesigibilità del credito non è necessaria quando l'insolvenza del debitore è acclarata da una procedura concorsuale (concordato), va sempre verificata per gli accordi di ristrutturazione e, analogamente, anche per i piani di risanamento.

Stando alla circolare dell'Agenzia delle Entrate del 3 agosto 2010 n.42/E, in caso di cessione pro-soluto di crediti compiuta nell'ambito di un accordo di ristrutturazione, la deducibilità per la banca creditrice di componenti negativi realizzati andrebbe inoltre ricondotta, oltre ai citati requisiti di certezza e precisione, anche all'effettivo trasferimento da cedente al cessionario di tutti i rischi e benefici economici connessi alla cessione medesima.

I difetti di coordinamento tra normativa tributaria e le norme della legge fallimentare che hanno introdotto le nuove procedure per la soluzione della crisi d'impresa (piano di risanamento e accordo di ristrutturazione) rischiano di far insorgere ulteriori contenziosi. Le previsioni concordatarie degli artt. 86, comma 5, e 101 del TUIR (che dispongono la neutralità fiscale delle plusvalenze) e dell'art. 88, comma 4, del TUIR (che dispongono la neutralità fiscale delle sopravvenienze attive) non sono state estese agli accordi di ristrutturazione. Previa modifica dell'art. 101, comma 5, del citato TUIR, andrebbe inoltre contemplata la previsione di deducibilità immediata delle perdite su crediti generatesi per il creditore a partire dalla data di omologa dell'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.fall.

In un precedente articolo ho avuto modo di occuparmi dell'interconnessione tra Fisco e crisi d'impresa, e della scarsa applicazione dell'art. 182-ter l.fall. sulla transazione fiscale. Il tema della fiscalità riveste un ruolo sempre più determinante anche nell'ambito della scelta degli strumenti di composizione della crisi reversibile d'impresa: strumenti che, pur contribuendo ad analoghi scenari di *deleverage*, producono effetti fiscali dissimili tra loro. Proprio dall'esigenza di tentare di semplificare e chiarire (a beneficio di tutti gli operatori del *restructuring*, e senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività) un quadro operativo sempre più complesso, insidioso e tormentato, è nato questo intervento, che pur avendo una natura prettamente "ricognitiva" circa lo "stato dell'arte" si prefigge idealmente l'obiettivo di porsi alcune riflessioni, e non solo di carattere tecnico.

Il *restructuring* ha sicuramente bisogno di trovare una bussola: nell'attuale contingenza finiscono spesso per prevalere logiche e obiettivi di breve termine (scongiorare a tutti i costi l'insolvenza), che poco hanno a che vedere con la "ragionevolezza" richiesta dal legislatore per i risanamenti aziendali. Advisor, esperti asseveratori, banche spesso divengono vittima dei "commutatori cartacei", dei piani "fantoccio", e dell'impenetrabile cortina di finzioni che, oltre a non risolvere strutturalmente la crisi d'impresa, finiscono dapprima per annebbiare le idee e poi, inevitabilmente, con l'aggravare lo stato di crisi. Su questo punto specifico, rileggere alcuni interventi di Luigi Einaudi ci farà un gran bene...

All'incirca dalla seconda metà del 2011 sui tavoli degli operatori bancari del *restructuring* sono apparse con sempre maggiore frequenza richieste particolarmente aggressive in ordine al *deleverage*. Spesso tali richieste appaiono come la diretta con-

sequenza della “mancata tenuta” dei precedenti piani di risanamento aziendali: è ormai abbastanza frequente assistere, infatti, a plurime “riattestazioni” di piani ex art. 67 l.fall. Non c’è alcuna casualità in tutto questo. Con l’aggravarsi degli scenari congiunturali, alle banche vengono proposte soluzioni della crisi d’impresa (spesso dopo che uno o più piani di risanamento o accordi di ristrutturazione sono risultati superati nei fatti...) sempre più “pesanti”. In un contesto di progressiva contrazione dei flussi di cassa aziendali, gli scenari di maggior prudenza nella valutazione dei dati prospettici hanno inevitabilmente fatto maturare una maggiore consapevolezza sull’inevitabilità del *deleverage*. Rispetto alle prime ondate di piani di risanamento modello *lifting* impostati sul semplice consolidamento del debito, e/o impostati sulla semplice re-ingegnerizzazione del credito bancario, con ottimistiche (quanto irrealistiche) previsioni di generazioni di *cash flow* e senza alcun ricambio manageriale, gli *advisor* economico-finanziari delle imprese in crisi, consapevoli della necessità di apportare con urgenza modifiche strutturali alle manovre di risanamento per risolvere i gravi temi di continuità aziendale via via amplificatisi, stanno ora operando con proposte sempre più radicali: il mantra del *deleverage* viene così accompagnato da un *mix* di proposte d’intervento quali; richieste di rinuncia (*write off*) del credito bancario; richieste di esdebitazione di parte del debito dalle società operative (“*target*”) al socio *Newco* (spesso di diritto estero), attraverso accoli liberatori; richieste di cessione del credito bancario al socio *Newco* con pagamento differito e previsione di rimborso all’*exit* (vendita della società operativa, o c.d. *target*), con previsione di distribuzione dei proventi nell’ambito di una *waterfall* (cascata di pagamenti); richieste di conversione del credito bancario in strumenti finanziari partecipativi (SFP). Spesso le manovre di risanamento (sempre più complesse e *cross border*) si sostanziano in uno o più di tali strumenti di *deleverage*, senza peraltro quasi mai evidenziare adeguati interventi di mezzi freschi (c.d. *equity commitment*, peraltro non ancora incentivati in alcun modo dal legislatore fiscale, se si eccettua la previsione di prededucibilità per il finanziamento dei soci disciplinata dall’art.182-bis l.fall.). In alcuni casi, l’adozione concreta di uno degli strumenti di *deleverage* avviene non solo per ottimizzare gli impatti della fiscalità ma anche per supportare le società “*target*” che, trovandosi in situazioni ex art.2447 c.c., necessitano di interventi urgenti di ricapitalizzazione.

Le crisi legate alla sottocapitalizzazione aziendale e/o agli eccessi di leva appaiono a loro volta la conseguenza di precedenti operazioni bancarie di *corporate finance* e di *acquisition finance*, che hanno generato consistenti poste immateriali dell’attivo patrimoniale delle imprese; è il caso dei *goodwill* che, a seguito delle negative *performances*, possono trasformarsi in pericolosi *badwill* a seguito dell’esercizio dell’*impairment test* (che ancora oggi, duole dirlo, viene effettuato con ampi spazi di discrezionalità). Sul punto – è anche questo è un segno dei tempi – va ricordata anche la

lodevole (quanto rara) iniziativa dell'Unione nazionale dei giovani dottori commercialisti, che con la circolare n.8 del 28 maggio 2009 ha diffusamente affrontato il tema del *leveraged buy out* (LBO), stigmatizzando il "commercio delle bare fiscali", cioè l'acquisizione di società sfornite di effettive potenzialità imprenditoriali e i cui *asset* sono costituiti dalle perdite fiscali accumulate. Anche per il LBO si pongono, pertanto, le stesse problematiche del corretto equilibrio finanziario (leva) e dell'appropriatezza del piano economico che dovrebbero ispirare i piani di risanamento ex art. 67 l.fall.; in entrambe i casi, infatti, quello che dovrebbe rilevare è la programmazione economica e la sostanza imprenditoriale.

In uno scenario che richiama la "circolarità" di Vico, le banche stanno in poche parole spesso "raccolgiendo" oggi ciò che avevano "seminato" negli anni precedenti: la Storia, prima o poi, presenta sempre il suo conto. Le Banche, che per anni si sono affidate (quando l'economia "tirava") alla *routine* del "business" semi-automatico, accettando le "code" del *non performing*, sono oggi chiamate a contrastare scenari di rischio sempre più alti, che comporteranno a loro volta inevitabili incrementi del costo del *funding*, e in un contesto di redditività sempre più bassa. Bastino solo alcuni dati per comprendere le dimensioni del "fardello" che attualmente grava sul sistema bancario italiano: le sofferenze lorde dell'intero sistema sono quasi raddoppiate negli ultimi due anni da 50 a oltre 100 miliardi di euro.

Sulle pagine della rivista dell'ABI "Bancaria", nel primo numero del 2011, ebbi occasione di scrivere che il *restructuring* ha rappresentato e rappresenta tuttora la nuova frontiera del rapporto banca – impresa, proprio perché per la soluzione delle crisi reversibili delle imprese le banche devono tornare a investire sull'analisi della "ragionevolezza" dei progetti aziendali, e sulla conoscenza delle filiere e del territorio. In breve, oggi le banche sono chiamate a riallacciare quel "legame" con le imprese non finanziarie che si è andato progressivamente affievolendo nell'ultimo decennio, proprio perché è sempre nei momenti di crisi che vanno impostate le nuove politiche di crescita ed efficienza. Occorre tornare a valorizzare i flussi informativi, e occorre valutare con attenzione le capacità industriali e di progetto. Occorre tornare a gestire la leva del credito in modo "prudente" e "sano". Occorre anche che i professionisti chiamati ad assistere le imprese nella redazione dei piani di risanamento / accordi di ristrutturazione (con parcelle spesso da capogiro...) facciano bene il proprio mestiere, rilasciando le proprie attestazioni di "veridicità" dei dati aziendali e analizzando la "ragionevolezza" degli assunti e delle prospettive di risanamento, e che la politica individui nel più breve tempo possibile un grande Patto dove chi investe, ricapitalizza e innova deve essere premiato da un regime fiscale meno iniquo.

Le parole d'ordine comuni sono: riduzione della leva, ricapitalizzazione delle imprese, riavvio della crescita economica, ragionevolezza nelle azioni di rilancio/risanamento, revisione organica della fiscalità per le forze produttive (imprese e lavo-

ratori), repressione dei gravi episodi di frode fiscale. L'incremento dei livelli di rischio, nelle aziende così come nelle banche, sta a sua volta comportando la necessità di adottare nuovi modelli organizzativi: mentre nelle aziende interessate a piani di risanamento si sta progressivamente affermando la figura manageriale del CRO (*Chief Restructuring Officer*), nelle banche sono state introdotte strutture di presidio unico dei rischi proprietari ed indiretti. Nel *restructuring* il rischio reputazionale non è completamente coperto dallo schermo dell'art.217-bis l.fall., e ciò impone per le banche atteggiamenti ispirati alla buona fede contrattuale e al rispetto delle norme di *best practice*. C'è bisogno, in breve, di passare presto dalla "sagra degli egoismi" a un nuovo "sistema Paese" dove ognuno deve fare bene il proprio mestiere e dove competenze, esperienze e relazioni dovrebbero essere valorizzate al meglio, e dove ci sia la voglia e il coraggio di esaminare la realtà per quello che è, cercando soluzioni innovative. Occorre cambiare anche la cultura aziendale all'interno delle banche, sostenendo gli operatori del *restructuring* che oggi sono chiamati a esaminare e vagliare i numerosi progetti di risanamento delle PMI, nonché a monitorare la tenuta delle relative *assumption* e che spesso si trovano ad operare in condizioni critiche.

Nuovi e stringenti impegni attendono le imprese e le banche, non c'è più tempo per rinvii o lamentele. Le inderogabili necessità della sfavorevole congiuntura economica impongono efficacia e rapidità dei modelli di composizione stragiudiziale delle crisi d'impresa. Nel disordinato scenario macroeconomico e tributario attuale, c'è ancora spesso la tentazione di impostare astratti piani di risanamento per sottrarre le imprese alle procedure concorsuali, e questo spesso anche in presenza di situazioni manifestamente irragionevoli (es: gravi crisi patrimoniali, *forecast* di redditività irrealistici, flussi di cassa attuali e prospettici fortemente negativi ecc.). Sul punto, va detto e compreso che ogni "scappatoia" potrebbe essere foriera di responsabilità sia per la banca che agisce imprudentemente (o addirittura fraudolentemente) sia per l'impresa (e i suoi amministratori) sia per gli stessi professionisti: il tema della responsabilità per la concessione, il mantenimento o l'interruzione abusiva del credito alle imprese in crisi, peraltro, va sempre più imponendosi all'attenzione della giurisprudenza e della dottrina. In breve, le regole di prudenza, di ragionevolezza e di correttezza appaiono fondamentali e devono essere condivise da tutti gli operatori del *restructuring* e dagli amministratori delle imprese in crisi, onde evitare che il credito erogato o mantenuto o negato arbitrariamente a un'impresa in stato di temporanea difficoltà possa essere considerato ex post "irragionevole" dai giudici o dagli organi della curatela fallimentare. Ne andrebbe del bene "reputazionale", uno dei valori più preziosi specie nelle situazioni di crisi.

2. La circolare dell'Agenzia delle Entrate n.42/E del 3 agosto 2010; le partecipazioni acquisite per il recupero dei crediti bancari ex art.113 TUIR e la necessità d'interpello preventivo. La scarsa utilizzazione della transazione fiscale prevista dall'art.182-ter l.fall.

Prima di esaminare nel dettaglio i vari strumenti utilizzati per la composizione della crisi d'impresa, e i connessi aspetti di fiscalità (per l'impresa e per la banca) occorre affrontare due argomenti "preliminari", che costituiscono tuttora fonte di incertezze e di incognite per il buon esito delle azioni di risanamento.

Veniamo al primo. Come noto, l'art.113 del TUIR consente di applicare alle partecipazioni ricevute dalle banche la fiscalità dei crediti rinunciati/convertiti. Dopo sette anni dall'introduzione di tale articolo l'Amministrazione finanziaria, emanando la citata circolare n. 42/E del 3 agosto 2010, ha fornito il primo chiarimento organico: la citata circolare precisa, infatti, che la partecipazione acquisita in sostituzione/conversione del credito va classificata tra le "attività finanziarie disponibili per la vendita" (c.d. "AFS", *Aviable for sale*) dello stato patrimoniale. La deducibilità ai fini IRES delle svalutazioni/perdite su crediti ha tuttavia una rilevante condizione: il citato art.113 TUIR prevede appunto un interpello da parte delle banche che intendono effettuare le operazioni di recupero in esame, mentre la citata circolare n.42/E chiarisce la natura "preventiva" dell'interpello medesimo, nel senso che "...il contribuente dovrà presentare l'istanza di interpello prima di porre in essere il comportamento o dare attuazione alla norma oggetto di interpello". Detto carattere di preventività dell'istanza ha posto e continua a porre due rilevanti *gap* operativi: in primo luogo, infatti, l'eventuale esito negativo dell'interpello può determinare la non procedibilità dei piani di ristrutturazione, posto che le banche potrebbero condizionare l'adesione agli stessi all'esito positivo dell'interpello medesimo; in secondo luogo, si presenta spesso un problema di compatibilità tra i tempi concessi per la risposta dell'interpello (120 giorni, ma che possono diventare anche 240 in caso di richiesta di documentazione integrativa) e i tempi, spesso brevi, entro i quali devono essere definite le operazioni di recupero, onde evitare l'aggravamento della situazione del debitore¹. Vedremo, al successivo punto 5, dell'importanza dell'utilizzabilità dell'interpello preventivo con specifico riferimento ad uno dei principali strumenti di composizione della crisi d'impresa: quello della conversione dei crediti bancari in strumenti finanziari partecipativi (SFP).

Il secondo argomento di fiscalità che sta rappresentando un ulteriore *handicap* delle azioni di risanamento è dato dalla rara percorribilità nella pratica della transazione fiscale prevista dall'art.182-ter l.fall. Pur avendo il legislatore introdotto da

¹ Rosario Dolce, "Partecipazioni acquisite per il recupero di crediti bancari", "Il Fisco", n.46/2011, pag.7446 e ss.

tempo, sulla scia di pregressi istituti, la transazione fiscale con l'emanazione del nuovo art.182-ter l.fall., derogando al principio di "indisponibilità" del credito tributario e mutuando le esigenze di tutela delle imprese in crisi che presentano ragionevoli prospettive di risanamento, la stessa transazione fiscale (che, comunque, esclude l'IVA, imposta che non può essere transata ma solo dilazionata) continua a rimanere assolutamente marginale nella pratica tributaria. Tanto per fare una battuta, molto spesso l'Erario privilegia la strada maestra dei pignoramenti e della richiesta di fallimento per imprese che hanno pendenze tributarie, e rifiuta parziali ma certi pagamenti (non aderendo alla transazione fiscale e/o non concedendo ulteriori dilazioni di pagamento) pretendendo "tutto e subito", anche quando vi sono esigue possibilità di successo nel breve, piuttosto che valutare di recuperare (sempreché, ovviamente, l'impresa non si sia macchiata di gravi reati tributari) pagamenti parziali ma certi o comunque realizzabili, cercando di favorire al contempo la soluzione della crisi d'impresa e, con essa, il recupero prospettico sulla fiscalità futura, diretta e indiretta.

Nella transazione fiscale si ripresentano, pertanto, gli stessi aspetti e le stesse problematiche di "ragionevolezza" e "perseguibilità" che dovrebbero sempre ispirare e contraddistinguere le azioni di risanamento. In altre parole, il tema della transazione fiscale (tuttora molto trascurato) è interessantissimo e attualissimo, proprio perché impone attente riflessioni riguardo ai necessari bilanciamenti degli svariati interessi presenti nell'ambito del *restructuring* (es: risoluzione della crisi d'impresa, tutela dei creditori, interesse fiscale, salvaguardia dei livelli occupazionali ecc.), e in quanto consente all'Amministrazione finanziaria di disporre "in modo controllato" a trattare l'entità dell'obbligazione tributaria, e questo in un'ottica di accertata maggiore economicità e proficuità rispetto all'attività di riscossione coattiva. Come ha scritto Enrico De Mita², «...è proprio in funzione di una realistica applicazione del principio di capacità contributiva (inteso anche come strumento per assicurare allo Stato le entrate) che l'Amministrazione compie una necessaria valutazione preordinata all'acquisizione di parte dell'obbligazione tributaria (anziché esigere l'intero) quando l'imprenditore contribuente non sia in grado di farvi fronte».

Implementare l'utilizzo della transazione fiscale (ed estenderlo anche al di fuori del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ex art.182-bis³), potrebbe pertanto non solo contribuire alla soluzione delle crisi d'impresa, ma permetterebbe anche il recupero di tributi altrimenti irrecuperabili qualora subentrasse il dissesto.

² Enrico De Mita, "Transazione con il fisco per tutte le crisi", Il Sole-24 Ore del 28 giugno 2009

³ Sempre Enrico De Mita ha criticato, sempre nell'articolo citato nella nota 2, le limitazioni al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione della transazione fiscale, ravvisando inoltre profili d'illegittimità costituzionale

L'istituto della transazione fiscale introdotto dall'art.182-ter l.fall. risulta inoltre ancora soggetto a significative problematiche, che rischiano di depotenziarne l'utilizzo: da ultimo, va detto in via preliminare che il nuovo quadro dei crediti privilegiati erariali introdotto con decreto-legge n.98/2011, convertito dalla legge n.111/2011, rischia di complicare ulteriormente la strada (peraltro già irta di ostacoli) della transazione fiscale. Ancora una volta hanno prevalso istanze "generaliste" di tutela della posizione dell'Erario (come successo in passato, quando fu dichiarata *ex lege* l'indisponibilità dell'IVA), rispetto a valutazioni di opportunità e convenienza prospettica.

3. La rinuncia al credito (*write off*) da parte della banca e l'insorgenza di sopravvenienze attive in capo al debitore (*borrower*) nelle azioni di risanamento

Altro aspetto di fiscalità (davvero paradossale) che spesso condiziona le azioni di risanamento è dato dalla rinuncia del credito (*write off*) della banca finalizzata alla riduzione del livello d'indebitamento dell'impresa in crisi. Nelle situazioni di conclamato eccesso di leva, e in presenza di *cash flow*, attuali e prospettici, che non permettono il riequilibrio delle condizioni economico-finanziarie dell'impresa in crisi, spesso alla banca viene chiesto di rinunciare a parte dei propri crediti, relativi a precedenti operazioni di M&A e/o a linee di supporto del CCN aziendale. Fin qui tutto chiaro e logico. Ma venendo al tema della fiscalità, ecco il manifestarsi del paradosso.

Cominciamo ad affrontare l'impatto della rinuncia del credito delle banche sui bilanci dell'impresa: detta rinuncia determina in ogni caso una sopravvenienza attiva fiscalmente rilevante in quanto e nella misura in cui: (i) le banche non sono azioniste; (ii) la procedura non è "concorsuale" ma "stragiudiziale" (piano di risanamento ex art.67 l.fall. o accordo di ristrutturazione del debito ex art.182-bis l.fall. che sia). Il tutto si traduce così per l'impresa in un *tax burden* del 27,5%! Oltre all'evidente disparità di trattamento rispetto a un piano di risanamento in ambito concordatario, che gode (come già detto nella "Premessa") del beneficio della "neutralità fiscale" e non pone a tassazione le citate sopravvenienze attive, quello che stride veramente è la violenza dell'impatto di tale paradosso fiscale sulla situazione di un'impresa in stato di crisi conclamata, specie se si tiene conto che spesso tali sopravvenienze attive non possono essere compensate da perdite pregresse, con il rischio che i nuovi apporti di mezzi freschi vengano immediatamente (e pesantemente) decurtati per adempiere all'obbligo fiscale: fatto che dovrebbe indurre il legislatore a ricondurre la "*querelle*" su binari di maggiore equità. Per tale ragione (sembra una cosa illogica, ma non lo è!) le richieste alle banche di rinuncia al credito si sono via via diradate, e sono state progressivamente sostituite da altre forme di

“compartecipazione” che verranno in seguito analizzate, e che hanno inoltre l’ulteriore pregio di perseguire ulteriori obiettivi di ricapitalizzazione della *target*.

Sul lato banca, la rinuncia diretta al credito appare fiscalmente deducibile quale “perdita su crediti” solo quando è “definitiva e certa”. In tal senso, la rinuncia deve avvenire al *closing* dell’operazione di *restructuring* o all’*exit* (vendita dell’impresa *target*), fermo ovviamente restando che l’operazione deve presentare una “valida ragione economica” (convenienza) anche per la banca.

Se invece la rinuncia diretta del credito avviene con diritto di rivalsa (c.d. *recapture*) all’*exit* (vendita dell’impresa “*target*”), la “perdita su crediti” non godrebbe in ogni caso della deducibilità fiscale, posto che la perdita non sarebbe “definitiva e certa”.

4. La cessione del credito della Banca con pagamento differito all’“*exit*”; necessità dei requisiti di “certezza” e “determinabilità” per la deducibilità fiscale della perdita della banca cedente

Abbiamo visto nel punto precedente come la rinuncia parziale della banca al proprio credito nell’ambito di una procedura “stragiudiziale” comporti sempre l’emersione per l’impresa in crisi di una sopravvenienza attiva soggetta a tassazione. Gli ingegneri della finanza hanno pertanto escogitato percorsi alternativi “equivalenti” ma differenti sul fronte dell’ottimizzazione fiscale.

In luogo della rinuncia al credito, alla banca viene chiesto di effettuare una cessione parziale del proprio credito, spesso in favore del socio dell’impresa “*target*” in crisi, spesso rappresentato da una Newco, anche di diritto estero; si consideri inoltre il fatto che le Luxco (società lussemburghesi) possono operare negli anni anche presentando un patrimonio netto negativo, senza alcun problema di “continuità aziendale”.

Con tale cessione del credito, *in primis*, muta la natura soggettiva del debitore. La banca si troverà, infatti, ad avere un credito non solo verso l’impresa “*target*” (l’operativa) ma anche verso il socio cessionario (Newco). In secondo luogo, spesso tale cessioni avvengono nella forma “pro soluto”, con liberazione dalle garanzie originariamente prestate. In terzo luogo (e qui sta la particolarità dell’operazione), la cessione del credito viene regolamentata con il pagamento di un prezzo: (i) “simbolico” al *closing* (data di perfezionamento dell’atto di cessione); (ii) differito all’*exit* (vendita dell’impresa *target*), nel senso che la banca si riserva un diritto di rivalsa (*recapture*) del proprio credito, utilizzando parte dei proventi del citato *exit*. A tal fine, banca e socio Newco predeterminano una *waterfall* (cascata di pagamenti) per la distribuzione di tali proventi. In caso d’incapienza dei proventi stessi, a quel punto il credito della banca oggetto di cessione non avrà più alcuna fonte di rimborso. Questo “meccanismo”, oltre ad avere il pregio di evitare l’emergenza di sopravve-

nienza attive assoggettabili a tassazione per le imprese, permette inoltre al socio cessionario (Newco) di utilizzare interamente il credito bancario acquisito per mezzo della cessione e di trasformarlo in *equity*, contribuendo alla ricapitalizzazione di “*target*”. Molto più semplicemente, acquistando il credito da una banca il socio Newco diventa a sua volta titolare di un credito finanziario verso la controllata “*target*”, credito che viene trasformato in capitale sociale della *target* stessa. A non trarre completo giovamento, e non solo sul fronte dei rischi di *recapture*, sarà comunque la banca cedente. La cessione al *closing* con diritto di *recapture* all’*exit* non potrà infatti godere fin dalla data del *closing* dei vantaggi fiscali della deducibilità della perdita, da intendersi come differenza negativa tra valore contabile del credito ceduto e quanto materialmente incassato al *closing*, posto che non si sono ancora verificati i requisiti di “certezza” e “determinabilità” della perdita. Per la deducibilità dell’eventuale perdita la banca dovrà attendere infatti l’*exit*.

Qualora la banca effettui la cessione del credito senza diritti di *recapture*, la perdita sarà deducibile sempre a condizione che vengano dimostrate le “valide ragioni economiche” che hanno giustificato tale cessione.

In una fase ulteriore, il socio Newco che non avesse convertito in *equity* di *target* il credito ceduto dalla banca, e avesse contabilizzato tale credito in un’apposita riserva del patrimonio netto di *target*, potrebbe comunque rinunciare al suo credito verso la medesima *target*, senza determinare sopravvenienze attive fiscalmente rilevanti.

5. La conversione del credito bancario in strumenti finanziari partecipativi (SFP): aspetti legali e di deducibilità della perdita per la banca; le disposizioni della Banca d’Italia per l’acquisizione di partecipazioni per il recupero dei crediti

Altro strumento per la composizione della crisi d’impresa, alternativo alla rinuncia al credito bancario e alla cessione del credito bancario con pagamento differito (argomenti trattati rispettivamente nei precedenti punti 3 e 4), è rappresentato dalla conversione del credito bancario in strumenti finanziari partecipativi (SFP); i quali, a loro volta, sotto un profilo fiscale potranno avere natura di *equity* o natura “di debito”. Gli SFP con natura di *equity* sono spesso utilizzati proprio in quanto, permettendo una contabilizzazione diretta a riserva del patrimonio netto di “*target*” di ex-crediti bancari, quali apporti assimilabili ad aumenti di capitale sociale non più redimibili, impediscono la formazione di sopravvenienze attive tassabili; anche se, e questo occorre dirlo chiaramente, il rischio di “elusività fiscale” può comunque incombere in caso di manovre di risanamento “irragionevoli” e tutte le volte che appare a rischio la “continuità aziendale” di “*target*”.

Come anticipato al precedente punto 2, la normativa fiscale e la richiamata circolare dell'Agenzia delle Entrate n.42/E del 3 agosto 2010 richiedono per la deducibilità ai fini IRES delle svalutazioni/perdite su crediti bancari oggetto di conversione in SFP la necessità di interpello preventivo. Ebbene, anche in questo caso si manifesta un altro paradosso. In sede d'interpello preventivo, la differenza negativa tra l'ammontare del credito convertito in SFP di *equity* e il *fair value* degli stessi SFP sarà deducibile come "svalutazione crediti", mentre la deducibilità quale "perdita su crediti" non sarà mai automatica, ma spetterà alla banca dimostrare quei necessari requisiti di "certezza e precisione" che, in verità, sono difficilmente dimostrabili, visto che la banca stessa (questo almeno in linea teorica) può pur sempre "recuperare" tale differenza negativa cedendo a terzi gli SFP oggetto della conversione del proprio credito!

Altro pregio degli SFP di *equity*, sempre a fini di fiscalità, consiste nella possibilità di rinuncia al credito residuo vantato dalla banca quale detentrica degli stessi SFP, nell'ipotesi in cui all'*exit* l'ammontare dei proventi della cascata dei pagamenti (*waterfall*) impedisca il soddisfacimento delle ragioni della banca stessa: in questo caso, la rinuncia non genera l'insorgenza di sopravvenienza attive in capo alla "*target*". Nelle situazioni in cui si addiuvine a cessione di credito bancario con pagamento differito a Newco (cfr. precedente punto 4), onde evitare che il mancato completo soddisfacimento del credito bancario all'*exit* ingeneri una sopravvenienza attiva in capo a Newco stessa (assoggettabile a tassazione), la contrattualistica prevede spesso, ora per allora, che in questi casi d'incapienza il credito ceduto si trasformi automaticamente in SFP di *equity* per ovviare alla generazione della sopravvenienza attiva tassabile. Clausole che, anche alla luce del punto successivo, appaiono di dubbia legittimità.

Al di là degli impatti fiscali, il tema della conversione in SFP di *equity* del credito della banca è un tema assai delicato, in quanto comporta un mutamento profondo dello scenario. La banca si trova, infatti, da creditore originario, in una posizione assimilabile a quella dell'azionista, con accresciuti scenari di rischio non solo sul fronte operativo ma anche su quello legale/ reputazionale. Per tali ragioni la Banca d'Italia richiede il rigoroso rispetto di alcune condizioni per convertire in titoli rappresentativi di capitale i crediti vantati dalle banche verso imprese in temporanea difficoltà finanziaria, prescrivendo in particolare: (i) un'analisi di convenienza economica dell'operazione e delle prospettive di riequilibrio; (ii) la redazione di un piano di risanamento in non più di cinque anni, con approvazione del piano da parte del CdA della banca; (iii) acquisizione di titoli/azioni solo di nuova emissione; (iv) la selezione di una banca capofila; (v) l'assegnazione alla banca capofila di poteri di controllo e di *monitoring* sulla corretta esecuzione del piano e il sostanziale conseguimento degli obiettivi intermedi attraverso l'invio e la tempestiva valutazio-

ne di adeguata reportistica, onde verificare l'effettivo allineamento, tempo per tempo, dei dati consuntivi rispetto ai previsionali. Particolarmente delicata appare inoltre la valutazione al *fair value* di tali titoli AFS, specie quando riguardano società non quotate sui mercati regolamentati.

6. Art.37 bis del DPR 600/73 e sentenza della Cassazione, Sezione Trib. Civile, 30 novembre 2001 n. 25537: l'abuso del diritto

Abbiamo visto come nel *restructuring* il tema dell'ottimizzazione fiscale sia sempre più rilevante, e come, in presenza di una normativa tributaria che non ha esteso agli accordi stragiudiziali la "neutralità fiscale" dei piani di risanamento da attuarsi per mezzo del concordato preventivo, gli "schemi classici" delle operazioni di ristrutturazione si stiano evolvendo. Gli scenari si stanno facendo via via sempre più complessi, articolati e tormentati, e spesso, dietro le operazioni stesse, rimangono scarsamente delineate le c.d. "valide ragioni economiche" che stanno alla base e dovrebbero giustificare l'operazione di risanamento. Il terreno, di per sé molto insidioso, della c.d. "irragionevolezza" *ex ante* dei piani di risanamento, oltre che rappresentare un potenziale "*vulnus*" in grado di smantellare ogni tutela prevista dalla legge (e sarà la giurisprudenza dei prossimi anni a pronunciarsi in merito), potrebbe ancora una volta determinare importanti risvolti (negativi) di fiscalità.

Le operazioni di *restructuring* rappresentano un insieme di operazioni finalizzate alla composizione della crisi reversibile d'impresa, che si sostanziano in un *mix* d'interventi tesi, in primo luogo, al riequilibrio patrimoniale e finanziario, ma che al contempo perseguono di norma ulteriori e diversi obiettivi (es: di carattere commerciale, finanziario, contabile), tra cui rientra anche (ma non ovviamente in via esclusiva) quello fiscale. In buona sostanza, le operazioni di *restructuring*, come ogni altra operazione a valenza economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali dovranno perseguire soprattutto gli obiettivi di riequilibrio economico-finanziario richiesti dalla legge. Potranno, pertanto, ravvisarsi da parte dell'Amministrazione finanziaria gli estremi del comportamento abusivo/elusivo se e qualora il "vantaggio" fiscale si ponga come elemento "predominante" e/o "assorbente" delle operazioni stesse. A questo punto, le "tormentate" casistiche del *restructuring* potrebbero in futuro incrociarsi con le (altrettanto "tormentate") casistiche in tema di elusione fiscale (art.37 bis DPR 600/1973). Toccherà all'Amministrazione finanziaria prospettare / dichiarare l'esistenza di un disegno elusivo e le supposte modalità di "manipolazione" e "alterazione" degli schemi classici e ritenuti "irragionevoli"; toccherà al contribuente allegare la presenza delle "valide ragioni economiche" differenti dal mero risparmio fiscale e, unitamente a ciò, ribadire la "ragionevolezza" dell'intera operazione di *restructuring*; e toccherà alla banca muoversi sempre con prudenza e cautela, per fron-

teggere in via preventiva eventuali successive accuse di “elusività” delle manovre di risanamento, acquisendo anche valide *tax opinion* e valutando, al di là delle questioni formali (es: presenza della formale asseverazione dell’esperto), l’effettiva “ragionevolezza” delle azioni di risanamento nel momento in cui affronta l’adozione degli strumenti di composizione della crisi d’impresa. Ovviamente, se fosse provato *ex post* che l’operazione di risanamento fosse carente in ordine ai requisiti, formali e sostanziali, di “ragionevolezza” e fosse ispirata essenzialmente (se non, addirittura, unicamente) per il conseguimento di un vantaggio economico-fiscale, si porrebbe un tema dell’“abuso del diritto”, con conseguente inefficacia di uno o più atti contenuti nella manovra di risanamento.

La citata nuova decisione della Corte di Cassazione, Sezione Trib. Civile, 30 novembre 2011 n.25537, appare introdurre le premesse per la codificazione nel nostro ordinamento di una norma di carattere generale di carattere “anti abusivo”. Anche su questo punto specifico, come già segnalato per il tema della transazione fiscale ex art.182-ter l.fall., occorrerà trovare necessariamente dei punti di equilibrio tra l’adozione degli strumenti per la composizione della crisi d’impresa e il diritto/dovere dell’Amministrazione finanziaria a riscuotere le imposte. Sarà determinante, su questo punto, il futuro comportamento degli uffici delle Agenzie delle Entrate che, dopo il deposito della citata sentenza della Corte di Cassazione, potranno “contestare” le manovre di risanamento se e in quanto “elusive” e commesse con “abuso del diritto”; sempreché all’interno dell’Amministrazione finanziaria ci siano reali competenze e sensibilità operative per comprendere la complessità delle operazioni di *restructuring* (questione che si ripresenta identica anche in tema di transazione fiscale).

L’Amministrazione finanziaria non può e non deve essere chiamata *sic et simpliciter* ad “ammortizzare” gli impatti fiscali del risanamento aziendale né tanto meno quelli legati all’insolvenza, ma sarà in futuro chiamata, nel valutare le “valide ragioni economiche”, ad esprimersi sulla “ragionevolezza” del piano di risanamento e su tutti gli atti e comportamenti che appaiono funzionali alla salvaguardia del valore delle imprese (attuale e prospettico), e non potrà non tener conto anche della valutazione prognostica del futuro gettito fiscale, diretto e indiretto, in caso di soluzione della crisi d’impresa. L’augurio comune è pertanto che la futura attività degli uffici delle Agenzie delle Entrate sia sempre ponderata e ragionata, e non ispirata alle logiche (spesso irrazionali e persecutorie) della *contingency* (riemersione di basi imponibili per esigenze di cassa). Diversamente, il *restructuring* diverrebbe *ex post* un feroce campo di battaglia fiscal-tributaria, con potenziali impatti nefasti sulle imprese oggetto di risanamento.

7. Conclusioni (ripensando a Luigi Einaudi)

C'è un saggio scritto da Luigi Einaudi nel 1933 e intitolato "*Il mio piano non è quello di Keynes*" che sembra fatto apposta per i nostri complicati e confusi giorni. In questo saggio Einaudi stesso, consumando la rottura con l'economista di Cambridge, usa parole particolarmente dure e inusitate, che ogni operatore del *restructuring* dovrebbe poter leggere e commentare, e che mi permetto di enunciare:

«...Come si può pretendere che la crisi sia un incanto, e che col manovrare qualche commutatore cartaceo l'incanto svanisca, quando tuttodi, anche ad avere gli occhi mediocrementemente aperti, si è testimoni della verità del contrario? Si osservano, è vero, casi di disgrazia incolpevoli, di imprese sane travolte dalla bufera. Ma quanti e quali esempi di meritata punizione. Ogni volta che, cadendo qualche edificio, si appurano i fatti, questi ci parlano di amministratori e imprenditori, o avventati, o disonesti. Le imprese dirette da gente competente e *prudente* passano attraverso momenti duri, ma resistono. Gran fracasso di rovine invece attorno a chi fece in grande a furia di debiti, a chi progettò colossi, dominazioni, controlli e consorzi; a chi, per sostenere l'edificio di carta, fabbricò altra carta e vendette carta a mezzo mondo...L'incanto c'è stato e non è ancora rotto: ma è l'incanto degli scemi, dei farabutti e dei superbi. A iniettar carta, sia pure carta internazionale, in un mondo da cui gli scemi, i farabutti ed i superbi non siano ancora stati cacciati via se non in parte, non si guarisce, no, la malattia, ma la si alimenta ed inciprignisce...; dalla crisi non si esce se non allontanandosi dal vizio e praticando la virtù»⁴.

Luigi Einaudi, nella sua concezione dello Stato, non ammetteva, infatti, che si potesse andare in aiuto di chi ha sbagliato, non solo per ragioni economiche ma soprattutto per ragioni *morali*. Per spezzare il circolo vizioso della crisi bisogna sempre, a giudizio di Einaudi, evitare due atteggiamenti piuttosto diffusi (allora come oggi): "*scaricare la colpa della crisi*" su altri e credere nell'"*idolo del miracolismo*", invocando le soluzioni pronte, veloci e indolori.

Se quella che stiamo vivendo non è solo una profonda crisi economico-finanziaria ma soprattutto *morale*, dove chi ha sbagliato (imprese e banche) continua spesso, e pervicacemente, a non riconoscere gli errori commessi, evitando accuratamente di recitare i doverosi "*mea culpa*" e mettendo ancora a repentaglio il futuro (proprio e altrui), allora bisognerebbe ripensare all'insegnamento di Luigi Einaudi. Se gli strumenti di composizione della crisi d'impresa servono solo a nascondere le "magagne", allora i problemi non tarderanno a ripresentarsi. Sempre per Einaudi, infatti, «...chi

⁴ Citato da Paolo Silvestrini nel suo "La costituzione fiscale in un buon governo. La testimonianza di Luigi Einaudi: tra predica e libertà", in Luigi Einaudi, "Le entrate pubbliche dello Stato Sabauda", Vitale & Associati, 2011

cerca rimedi economici a problemi economici è su una falsa strada; la quale non può che condurre se non al precipizio. Il problema economico è l'aspetto e la conseguenza di un più ampio problema spirituale e morale».

Il *restructuring* può rappresentare un momento particolarmente importante di autocoscienza imprenditoriale, per ritornare a una nuova filosofia ed etica dell'economia. Ognuno degli attori deve poter rivestire con coscienza, senso di responsabilità e professionalità il proprio ruolo. Le crisi nella storia umana sono da sempre fisiologiche, e possono addirittura avere una funzione benefica: selezionano, infatti, gli operatori migliori, cioè chi ha avuto un atteggiamento prudente. Il *restructuring* non può pertanto disattendere alla propria missione sociale; gli imprudenti e i disonesti non possono essere "salvati". Ogni energia va dedicata al "buon governo": il tempo dei "commutatori cartacei", delle furberie senza strategie, delle sagre degli egoismi, dei castelli di carta, delle finzioni e dei corporativismi è ormai agli sgoccioli. Dalla crisi, come ci ha insegnato Einaudi, si esce sempre e ci si rafforza solo allontanandosi dal vizio e praticando la "virtù" della ragionevolezza, della *best practice* e del sano realismo nel ristabilire, attraverso i necessari "sacrifici", quel nuovo nesso costitutivo tra sanità dei bilanci aziendali e pubblici e prosperità collettiva che impone a tutti una nuova "autodisciplina" economica.

L'attuale scenario è davvero impietoso. Si sono concessi finanziamenti a chi non può rimborsarli e negati prestiti a chi svolge attività imprenditoriali. Si sono create "bolle" finanziarie effettuando operazioni di M&A, con eccessi di leva e con multipli insostenibili. Le piccole e medie imprese sono state abbandonate a se stesse, e molte banche hanno accelerato lo stato di crisi delle imprese bloccando, sospendendo, revocando linee di credito a breve termine vitali per la sopravvivenza delle imprese stesse. Per effetto della perdurante crisi, svariate società partecipate da fondi di *private equity* si ritrovano con esposizioni debitorie non più sostenibili: molto spesso vi è la necessità di procedere con ristrutturazioni pesanti (senza poter disporre di nuove immissioni di capitale) o di ricorrere alla procedura di concordato preventivo. Anche qui si assiste a un nuovo paradosso: peggiore è la situazione finanziaria delle imprese e migliore appare la posizione negoziale verso le banche⁵

Il sistema fiscale italiano appare sempre più iniquo e illogico. Attendiamo ormai da decenni una riforma organica della fiscalità che supporti il mondo del lavoro e le imprese "fedeli", aggredendo al contempo quell'autentico *vulnus* tutto italiano rappresentato da 250 miliardi di euro annui di economia sommersa. Non è più pensabile, nell'attuale scenario macroeconomico, incrementare ulteriormente il gettito fiscale colpendo sempre e soltanto i soggetti fiscalmente "fedeli". Come rilevato

⁵ Andrea Accornero e Carlotta Robbiano, "Strategie societarie per la ristrutturazione del debito bancario", *Le Società* 8/2011, pag. 916 e ss.

anche dalla Banca d'Italia⁶, l'attuale pressione fiscale in Italia supera già di due punti quella media degli altri Paesi dell'Area Euro, e nel prossimo triennio è destinata a crescere ulteriormente. Data l'estensione dell'economia "irregolare" in Italia, i contribuenti che ottemperano pienamente agli obblighi fiscali sono soggetti ad aliquote sistematicamente più elevate rispetto ai nostri maggiori partner commerciali internazionali. L'evasione fiscale, oltre a determinare iniquità sociale, distorce gravemente anche la concorrenza, ed è di ostacolo alla crescita dimensionale delle imprese italiane. I proventi derivanti dalla lotta alle frodi fiscali, all'evasione e all'elusione, e le maggiori efficienze nell'ambito della riscossione devono pertanto essere prioritariamente indirizzati per ridurre le aliquote legali, sostenendo così la crescita economica senza incidere ulteriormente sulla finanza pubblica.

Il sistema bancario si è fatto per anni ammaliare dalla finanza e dal credito facile, quando l'economia "tirava", e si è affermata una categoria di banchieri spericolati e imprudenti. Oggi ci troviamo con banche scarsamente patrimonializzate, spesso incapaci o impossibilitate a svolgere un ruolo attivo nell'azione di sostegno e di sviluppo dell'economia, con un attivo intriso da titoli "tossici" (spesso di Stati sovrani) e con ingenti partite di crediti problematici da smaltire. Urge un ritorno a una politica bancaria lungimirante nella concessione del credito, che sappia dialogare col territorio e porsi in modo "sostenibile", proprio a partire dalla gestione e supervisione dei numerosi *dossier* del *restructuring*. E questo perché, come diceva sempre Luigi Einaudi, che ci ha lasciato innumerevoli e preziose testimonianze di buongoverno, "...la scienza economica è la scienza del bene comune". È sempre con la crisi che la ricerca ri-comincia, alla ri-scoperta di quelle stesse radici, simboliche e fiduciarie, ignorando le quali la crisi stessa non sarebbe altrimenti superabile.

⁶ Audizione davanti alle Commissioni Bilancio di Camera e Senato della Repubblica del Dott. Daniele Franco della Banca d'Italia, 27 ottobre 2011

Il closing^{*}

di Arrigo Roveda^{**}

Avete notato che, ultimamente, quando telefonate a quei notai un po' spocchiosi che vengono da quella città d'Italia dove fanno di tutto per attirarsi le antipatie dei colleghi (che colgono senza esitazioni la palla al balzo), le loro centraliniste (mani curate e minigonna, senza panino alla frittata nel cassetto) non rispondono più "il notaio sta stipulando", ma "il notaio è impegnato in un closing"?

Che cosa sarà mai 'sto misterioso closing? Cosa avrà mai di diverso da una normale stipula, da consentire alla centralinista di farsi ancor più bella usando un'espressione inglese?

Perché una stipula sia definita "Closing" è necessario che siano soddisfatti contemporaneamente alcuni requisiti.

- 1) Devono essere coinvolte una pluralità di figure professionali e soprattutto non meno di una decina di avvocati che avranno cura di designare il notaio comunicandogli una data ormai prossima e non modificabile. Che il notaio abbia fissato altri appuntamenti è variabile non considerabile.
- 2) Deve essere garantito ai professionisti coinvolti (ma anche, anzi soprattutto, alle banche) il pagamento di fees (non ci si azzardi a chiamarle parcelle o commissioni) per un importo totale che si avvicina al PIL di uno stato africano. Quanto al notaio, al massimo ci si sorprenderà, perché chiede che siano in breve tempo rimborsate quelle migliaia di euro che è costretto ad anticipare all'Agenzia delle Entrate.
- 3) Deve avere elementi di internazionalità conclamata o indotta. Per non svilire il Closing, quando nessuno dei soggetti coinvolto ha sede fuori dalla cerchia dei navigli, si cerca perlomeno di stipulare il finanziamento a Lugano o di fare in modo che intervenga un soggetto cui sono stati conferiti poteri con procura bilingue (anche se rilasciata da società italiana con atto di notaio italiano). Si narra in città di un preclosing (cioè di un appuntamento in cui si controlla che tutte le carte siano a posto) in cui dopo un'ora di conversazione in inglese un temerario osò chiedere se fosse presente alla riunione qualcuno non italiano, ricevendo risposta negativa. È comunque indispensabile che le e-mail (circolarizzate ad almeno una ventina di persone) siano scritte in inglese.
- 4) Deve essere utilizzato un linguaggio iniziatico che i neofiti, per essere ammessi al "deal", devono fingere di capire pena pesanti sanzioni sociali. I finanziamenti (sorry

^{*} Già pubblicato online.

^{**} Notaio in Milano.

“loans”) divisi in “linee”, sono “senior” o “bridge” e comunque, in quanto “leva”, si “tirano”. Il consiglio è sempre “board”, le telefonate sono in “conference”; quando si presenta l’avvocato del “mezzanino” bisogna abbozzare dando l’impressione di avere la situazione sotto controllo. Pegni ed ipoteche non si cancellano, ma si “rilasciano” e l’equivoco in cui può cadere chi considera rilasciare sinonimo di concedere può portare a conversazioni surreali.

5) I contratti non possono prescindere da un congruo apparato di premesse (a volte chiaramente indispensabili come quando, molto opportunamente, si precisa che “il venditore ha intenzione di vendere ed il compratore ha intenzione di comprare”) e di definizioni. Sbaglia chi pensa di trovare nelle definizioni la chiave di decrittazione del linguaggio da iniziati di cui al precedente punto; al massimo scoprirà che “Prezzo: è la somma pagata quale corrispettivo dall’acquirente al venditore”. Pensi piuttosto a controllare che tutte le parole definite siano scritte con l’iniziale maiuscola.

6) Deve essere garantito un servizio di catering. Non ci si deve però aspettare una proporzionalità tra qualità del cibo e vantaggi dell’affare concluso. Ricordo una meravigliosa tempura di gamberi offerta in terrazza da una banca che si è poi amaramente pentita del finanziamento concesso. Al contrario, in occasione di una delle più riuscite operazioni di Private Equity realizzate in Italia, furono somministrati panini la cui digestione si è rilevata più laboriosa del rimborso dei finanziamenti. Solitamente i closing vengono fissati (anzi prenotati) e disdetti un paio di volte, prima che arrivi il fatidico giorno in cui l’agenda deve essere “barrata”, perché i partecipanti al closing non sopportano l’interruzione neppure per un atto notorio.

L’appuntamento è fissato per la prima mattina, ma fino alle 11 non si può partire, perché qualcuno è inesorabilmente bloccato in autostrada o perché “l’aereo non è ancora atterrato”.

Nel frattempo i convenuti si dedicano alla consultazione dei laptops, a conversazioni al cellulare o alla semplice lettura dei quotidiani.

Quando squilla un telefono tutti si gettano contemporaneamente sul loro blackberry sul quale, con originalità, hanno impostato la medesima suoneria (quella che riproduce il trillo dei telefoni in bachelite e che rimanda alla prima scena di “C’era una volta in America”, quella con De Niro nell’oppieria). Sarà un successo se, a fine giornata, tutti andranno a casa col loro telefono e non con quello, identico, del vicino di posto.

Completato il raduno, segue un non breve momento di sbandamento in cui nessuno si decide a prendere il comando (Regia, in maiuscolo, secondo il metodo delle definizioni) delle operazioni ossia a brandire quella tabella di “Word” (Closing Agenda), nella quale sono dettagliatamente elencate, in ordine cronologico, le attività di giornata ed i soggetti, in ciascuna di esse, coinvolti.

In questa prima fase l'attività notarile, esclusiva se la regia è affidata ad altri, non è tanto volta al controllo di legalità o all'adeguamento (perché sui testi si è lavorato per giorni con scambi di bozze), ma ad una più prosaica protezione degli originali dal rovesciamento di caffè che è veramente indelebile, ma non nero come prescrive il Regolamento Notarile e quindi non idoneo alla scrittura.

Si passa quindi alla fase della lettura degli atti (durante la quale i soli ad essere attenti sono coloro che non firmeranno, cioè gli avvocati) ed a quella della sottoscrizione, riguardo alla quale rimane inspiegabile il sottile piacere che provano coloro che precisano "ma se è leggibile, non è la mia firma" o che tentano di ottenere dal notaio uno sconto, consistente nell'autorizzazione a "siglare" o "inizializzare" gli allegati.

Quando arriva il momento della firma più importante, quella da apporre sul trasferimento della proprietà, le parti si irrigidiscono sulle loro posizioni, pronti a far saltare un affare al quale hanno lavorato per mesi.

"Io non firmo se non vedo i soldi!"

"Io non pago se tu non firmi!"

Perché i soldi, nel closing, non sono mai rappresentati dai vecchi e concreti assegni circolari, ma affidati ad un bonifico che, se va male, deve arrivare dall'estero.

Soccorre allora l'esperienza dell'avvocato che ne ha viste molte, il Senior Partner dello studio internazionale, che ha pronta la magica soluzione.

"Adesso firmiamo, facciamo partire il bonifico e lei, notaio, tiene fermo l'atto fin quando non arrivano i soldi".

Tenere fermo?! Hai voglia a spiegare le regole dell'atto pubblico, che i contratti firmati non si tengono fermi ma al limite si risolvono, l'unica soluzione sembra quella di mostrare apprezzamento per la raffinata soluzione giuridica proposta.

Parte allora la lunga attesa del bonifico, solitamente coincidente con il pranzo (circostanza utile a far pesare che "il collega si è reso comunque disponibile anche durante la pausa") e con la seconda parte dell'attività notarile di vigilanza sull'originale, che si concentra dapprima sulla maionese che sbrodola dai panini per passare alla Coca Cola e ritornare infine al caffè.

Personaggi centrali di questa fase diventano i funzionari di banca che, dopo aver atteso come la manna la comunicazione del numero di CRO, si collegano con il digiunante collega della sede chiedendo "Li vedi? (i soldi ndr)", mentre tutti gli altri cercano di indovinare la risposta dall'espressione del viso.

La tensione si impadronisce allora della sala per un qualche tempo fino a che, quasi che le banconote fossero arrivate svolazzando come il tappeto di Aladino, il funzionario conferma che "li vede".

Si scioglie allora in un sorriso il viso del venditore che vede il suo conto aumentare di svariati milioni di euro (ricordiamo che fino a pochi minuti prima non si fidava ad apporre la firma sul contratto mentre ora si sente garantito da una telefona-

ta al cui altro capo potrebbe esserci il mago Do Nascimento), si stringono le mani e si stappa la bottiglia, mentre di corsa tutti si salutano, infilano le giacche e cercano di raggiungere la porta, inseguiti dagli strilli del notaio cui rimane da verbalizzare un assemblea totalitaria di trasferimento sede, raccogliere le firme sui modelli Fedra, far firmare i libri sociali di cui deve rilasciare estratti in giornata e portare a termine altre formalità di cui tutti ormai si disinteressano.

Si allontana per ultimo, il notaio, con la borsa piena di atti da registrare, anticipando le imposte, la mattina seguente, pensando al collega del distretto vicino, quello con la centralinista bruttina, che quello stesso giorno ha stipulato qualche vendita di condominio con mutuo, totalizzato un repertorio minore (così non avrà da temere neppure l'aumento delle sedi) ed incassato subito più di quanto lui, per il closing, incasserà tra qualche mese.

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	RIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	☐ abbonamento annuale 2012	☐ abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)	☐ abbonamento annuale 2012	☐ abb. triennale (pagamenti con cadenza annuale)
	€ 125,00	€ 375,00	€ 250,00	€ 750,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati per l'anno successivo se non disdetti entro la scadenza a mezzo di semplice lettera o e-mail.

Magistrati e Uditori giudiziari

Sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista, applicabile rivolgendosi alla Cacucci Editore S.a.s., Via Nicolai, 39 - 70122 Bari, o via Fax al n. 080/5234777 o rivolgendosi al Servizio clienti al n. 080/62030890, o via e-mail riviste@cacuccieditore.it. Nell'ordine d'acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati.

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 35,00

UBI  **Banca Carime**