

Itinerari di Diritto **CIVILE**

Anche in
formato
eBook

Sussidiario settimanale *ragionato* ed **ipertestuale** di legislazione, giurisprudenza, dottrina e materiale didattico, a supporto delle lezioni dei corsi MetodoMagistrato

a cura di **Marco Fratini**

Il Contratto parte 3

I Contratti

IN QUESTO NUMERO

Contratto plurilaterale e collegamento negoziale: la differenza

Collegamento contrattuale e operazione economica unitaria

Vincoli preliminari e patto di prelazione

Le Sez.Un. sul risarcimento del danno spettante al locatore per inadempimento del conduttore

Contratto di leasing

FOCUS sul contratto di mutuo

Validità delle clausole "on claims made basis"

Polizza postuma decennale. Contratto di assicurazione per conto di chi spetta

Vendita di aliud pro alio: natura, funzione e regime giuridico

Vendita a catena, appalto e subappalto: regime delle difformità

Vendita e appalto nel codice civile

La presupposizione da formula magica ad istituto del diritto vivente



METODOMAGISTRATO
ACCADEMIA DEL DIRITTO

Percorsi della Giurisprudenza

Contratto complesso e collegato	<u>Contratto plurilaterale e collegamento negoziale: la differenza</u> Cass. civ., Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29288
Collegamento contrattuale	<u>Collegamento contrattuale e operazione economica unitaria: interpretazione ed effetti</u> Cass. Civ., Sez.II 10.10.2023 n.28324
Vincoli preliminari e patto di prelazione	<u>Differenze tra il patto di prelazione ed il contratto preliminare, un recente intervento della Cassazione</u> Cass. Civ., Sez. III, 6 giugno 2024, n. 15801, ord. 479
Locazione	<u>Le Sezioni Unite sul danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore. Il rilascio dell'immobile non preclude l'azione di risarcimento per il mancato guadagno</u> Cass. civile, Sez. Un. 25 febbraio 2025, n. 4892
Locazione di cose altrui	<u>L'estinzione del leasing "a monte" comporta lo scioglimento del noleggio "a valle"?</u> Cass. civ., Sez. III, 20 settembre 2024, n. 25339
Leasing finanziario	<u>Per le Sezioni Unite, la meritevolezza del contratto va valutata con esclusivo riguardo allo scopo perseguito dalle parti.</u> Cass. Civile, Sez. Un. , Sentenza n. 5657 del 23/02/2023
Focus sul mutuo 	<u>Indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto contrattuale: il mutuo bancario</u> Cass. Sez. Un. , 15130, del 29/05/2024
	<u>Rimessa alle Sezioni Unite la questione della qualificazione del mutuo cosiddetto "solutorio"</u> Cass. Civ., sez.II, Ord. interl. n. 18903 del 10/07/2024
	<u>Le Sezioni Unite sciolgono il nodo del mutuo solutorio</u> Cass civ., Sez. un. 5 marzo 2025, n. 5841
	<u>Dopo il mutuo solutorio, anche il mutuo "condizionato" al vaglio delle sezioni unite</u> Prima Presidente della Corte di Cassazione decreto 10 ottobre 2024
Transazione novativa	<u>Tratti caratterizzanti e rilevanza processuale della transazione novativa</u> Cass. Civ., Sez. III, 6 novembre 2023, n. 30905
Assicurazione e clausole "claims made"	<u>Assicurazione sulla responsabilità civile. Validità delle clausole "on claims made basis"</u> Cass.Civ.,ordinanza interlocutoria n. 4294 del 16 febbraio 2024 <u>Le clausole claims made tra delimitazione dell'oggetto e adeguatezza della causa</u> Cass. Civ., Sez. III, ord. 2 febbraio 2024, n. 3123
Assicurazione sulla vita	<u>Clausole che delimitano l'oggetto del contratto e clausole che limitano la responsabilità: l'assicurazione sulla vita</u> Cass. Civ., Sez. III, 11 gennaio 2024, n. 1261
Assicurazione e per conto di chi spetta	<u>Polizza postuma decennale: obblighi del costruttore e diritti dell'acquirente. Contratto di assicurazione per conto di chi spetta</u> Cass.civ., Sent. n. 1909 del 27/01/2025
Appalto	<u>Il recesso del committente dal contratto di appalto: responsabilità (anche solidale) per inadempimento dell'appaltatore e del direttore dei lavori in corso d'opera</u> Cass. Civ., II sez., 8.1.2024, n. 421
Vendita	<u>Vendita di aliud pro alio: natura, funzione e regime giuridico</u> Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214 <u>Vendita a catena, appalto e subappalto: regime delle difformità</u> Cass. civ., Sez. II, 17 maggio 2024, n. 13782

Approfondimento dottrinale

**Vendita e
appalto**

Vendita e appalto nel codice civile: due modelli una visione
di *Antonio Albanese*

Presupposizione

La rilevanza dell'assenza ipotetica della volizione: la presupposizione da formula magica ad istituto del diritto vivente di *Gelsomina Salito*

Itinerari di Diritto Civile

Sussidiario settimanale *ragionato* ed *ipertestuale* di legislazione, giurisprudenza, dottrina e materiale didattico, a supporto delle lezioni dei Corsi MetodoMagistrato

FareFuturo Srls

Viale Bruno Buozzi 64, 00197 ROMA
cod.fisc, p.iva IT4720801001
PEC: farefuturosrls@pec.it
Iscritta al registro delle imprese di
Roma Numero REA: 1541024
Copyright © 2023 All Rights Reserved

Il **sussidiario MetodoMagistrato** è "ipertestuale": il click su ogni titolo sottolineato del sommario rimanda direttamente al corrispondente contenuto.

Inoltre di ogni sentenza verrà riportata la massima, alla quale seguirà un inquadramento della questione; mentre il corpo e le motivazioni potranno essere consultate, a discrezione del corsista, attivando il link attraverso il quale si aprirà una pagina del proprio browser con copia della sentenza completa.

Infine, ove previsti e sempre attraverso i collegamenti in link sottolineati, sarà possibile accedere ad ulteriori contenuti di approfondimento.

Queste innovazioni intendono agevolare e velocizzare la consultazione della dispensa, ampliandone ancor più i contenuti che il corsista stesso potrà modulare in funzione del proprio tempo e delle proprie esigenze.

Buona consultazione e buon studio da MetodoMagistrato.

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati, per indicare refusi o suggerimenti scrivere a: **info@metodomagistrato.it**



Contratto complesso e collegato

Contratto plurilaterale e collegamento negoziale: la differenza

Cass. civ., Sez. III, 13 novembre 2024, n. 29288 [Download](#)

Con sentenza n. 29288 del 13 novembre 2024, la terza sezione civile della Corte di Cassazione è intervenuta in tema di collegamento negoziale. La Suprema Corte, dopo aver affermato che l'elemento caratterizzante il contratto plurilaterale non può ravvisarsi nella contestuale partecipazione di tutte le (medesime) parti alla conclusione di un unico documento contrattuale, ha chiarito che, mentre "lo scopo comune" rileva direttamente sul piano della causa concreta del contratto plurilaterale, che resta però unica, il "nesso teleologico" è l'elemento che consente l'emersione di quella "causa del collegamento", dotata di autonomia.

LA NOTA

Rifiutando la ricostruzione di parte, volta a collocare il discrimen tra le due nozioni, nella ricorrenza o meno di una «contestuale partecipazione di tutte le (medesime) parti alla conclusione di un unico documento contrattuale», i Giudici chiariscono che la fattispecie del **contratto plurilaterale** si caratterizza per **la ricorrenza di uno "scopo comune"**, mentre quella del **collegamento negoziale presuppone la sussistenza di un "nesso negoziale"**.

La Suprema Corte conferma infatti il proprio orientamento secondo cui «**"lo scopo comune" rileva direttamente sul piano della causa concreta del contratto plurilaterale**, che resta però **unica**», mentre «**il "nesso teleologico" è l'elemento che consente l'emersione di quella "causa del collegamento"**, dotata di autonomia e destinata a sovrapporsi a quella propria dei singoli contratti collegati» (Cass. 15774/2017).

Si ha dunque collegamento quando più contratti distinti «vengono tuttavia concepiti e voluti come avvinti teleologicamente da un nesso di **reciproca interdipendenza**, per cui le vicende dell'uno debbano ripercuotersi sull'altro, condizionandone la validità e l'efficacia» (Cass. 3645/2007, Cass. 28324/2023), dando così luogo «ad una **fattispecie complessa pluricausale**, della quale ciascuno realizza una parte, ma pur sempre in base ad interessi immediati ed autonomamente identificabili» (Cass. 15774/2017).

Sulla base di tali principi, la Cassazione conferma la ricostruzione della Corte d'Appello secondo cui, nel caso di specie, le diverse pattuizioni intercorse fra le parti circa una **futura cessione di partecipazioni sociali** – seppur contestuali e contenute in un unico atto giuridico – non devono essere qualificate come un unico contratto plurilaterale, ma come una **pluralità di negozi autonomi legati da uno stesso scopo comune**.



Collegamento contrattuale e operazione economica unitaria: interpretazione ed effetti

Cass. civ., Sez. II, 10.10.2023 n. 28324 [!\[\]\(bd1a142de767a21e5362c595f844a4ff_img.jpg\) Download](#)

Il collegamento cd. funzionale fra negozi postula un accertamento riservato al giudice di merito e incensurabile in sede di legittimità sempreché sia condotto nel rispetto dei criteri di logica ermeneutica e di corretto apprezzamento delle risultanze di fatto, quindi considerando la volontà dichiarata dalle parti alla stregua degli interessi dalle stesse perseguiti nella prospettiva dell'operazione economica complessiva.

(Nella specie, la S.C. ha censurato la sentenza d'appello che si era arrestata ad un'analisi formalistica e unidirezionale dei contratti oggetto di causa, rappresentati da un preliminare di permuta di un'area edificabile con appartamento da costruire a cui erano seguiti la compravendita dell'area e la stipula di un ulteriore preliminare di compravendita dell'unità immobiliare da edificare e, infine, una polizza assicurativa).



Differenze tra il patto di prelazione ed il contratto preliminare, un recente intervento della Cassazione

Cass. civ., Sez. III, Ordinanza 6 giugno 2024, n. 15801 [Download](#)

A differenza del contratto preliminare unilaterale, che comporta l'immediata e definitiva assunzione dell'obbligazione di prestare il consenso per il contratto definitivo, il patto di prelazione relativo alla locazione di un bene attribuisce al promissario esclusivamente il diritto di essere preferito nella conclusione del contratto alle condizioni concordate, fermo restando il potere del promittente di non concludere affatto il contratto, con la conseguenza che, nel caso di violazione del patto da parte del promittente - che concluda senz'altro con terzi il contratto cui esso inerisce senza effettuare la denuntiatio, oppure senza attendere la scadenza del termine assegnato al prelazionario per il relativo esercizio, o anche senza tener conto dell'avvenuta accettazione dello stesso prelazionario - questi può solo agire per il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento, in quanto l'ordinamento non appresta, per il caso di prelazione volontaria, rimedi lato sensu coercitivi: né il diritto di riscatto, il quale è riservato a ben specifiche ipotesi di prelazione ex lege, né tantomeno l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c.

LA NOTA

Con la recentissima decisione del 6 giugno 2024 n. 15801, la Corte di Cassazione ha offerto interessanti spunti sulla **differenza tra il patto di prelazione (volontaria) ed il contratto preliminare**.

Questa decisione richiama in particolare l'attenzione sulla necessità di comprendere pienamente la **natura degli obblighi e degli impegni** che possono essere assunti dalle parti **nella fase delle trattative**.

La struttura e l'efficacia dei due vincoli negoziali è infatti profondamente diversa e non deve essere confusa.

La Corte ha anzitutto osservato che durante la fase delle trattative, in vista della stipulazione del contratto, le parti possono scegliere di vincolarsi **sia con negozi unilaterali sia con negozi bilaterali**.

Tra quelli bilaterali si può ad esempio annoverare **il contratto preliminare**, con il quale possono obbligarsi alla stipula del contratto definitivo, **il patto di opzione**, con il quale possono riconoscere ad una parte il potere di concludere o meno il contratto ed il **patto di prelazione**, mediante il quale possono attribuire ad una parte il diritto di essere preferita ad altri nella conclusione del contratto.

Da tali accordi discendono diritti e obblighi variamente diversificati.

Più in dettaglio, per quanto di interesse, è stato osservato che in forza del **patto di prelazione**, la parte che ha concesso all'altra il **diritto di prelazione** (c.d. *promittente*) è tenuta ad uno specifico comportamento qualora decida di stipulare il contratto.

Questo comportamento consiste nel **dovere di comunicare** (c.d. *denuntiatio*) tale intenzione al **titolare del diritto di prelazione** (c.d. *prelazionario*).

Tale comunicazione, se riscontrata positivamente, non determina, di regola, né la conclusione del contratto definitivo, né l'obbligazione di stipularlo, come invece accade nel caso di contratto preliminare. Il promittente, infatti, **può anche decidere di non stipulare alcun contratto con il prelazionario**.

Perché sorga tale **obbligo** è necessaria una **previsione espressa** in tal senso, dunque ulteriore rispetto al mero patto di prelazione puro e semplice, concordata tra le parti.

In caso di **violazione del patto di prelazione puro e semplice da parte del promittente** (che ad esempio concluda con terzi il contratto cui esso inerisce, senza effettuare la denuntiatio) resta tuttavia fermo che il prelazionario può agire per il **risarcimento del danno derivante dall'inadempimento del promittente**.

Nel caso della prelazione l'ordinamento giuridico non appresta infatti rimedi di tutela propriamente coercitivi.

Non prevede il diritto di riscatto, che è riservato esclusivamente a specifiche ipotesi di **prelazione di fonte legale** (come ad esempio in tema di retratto successorio ex art. 732 c.c.) e nemmeno rende possibile

applicare a tale figura l'esecuzione in forma specifica ex art. 2932 c.c., principale rimedio per quanto concerne invece **il contratto preliminare**.

Come affermato dalla Corte, che ha richiamato un suo precedente arresto, **il patto di prelazione si esaurisce** infatti nel porre, «a carico del promittente, un'immediata obbligazione negativa di non venderlo ad altri prima che il prelazionario dichiari di non voler esercitare il suo diritto di prelazione o lasci decorrere il termine all'uopo concessogli, ed un'obbligazione positiva avente ad oggetto la denunzia al medesimo della sua proposta a venderlo, nel caso si decida in tal senso».

In definitiva, la Corte di Cassazione ha chiarito che **le figure negoziali bilaterali** che emergono come possibili opzioni da vagliare nella fase delle trattative hanno indubbiamente **effetti obbligatori**, ma un patto di prelazione non è un contratto preliminare ed il titolare del diritto di prelazione **non può fare affidamento sul rimedio tipico dell'art. 2932 c.c.** (esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto) che consente di ottenere una sentenza idonea a produrre gli effetti del contratto non concluso.



Le Sezioni Unite sul danno da risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore. Il rilascio dell'immobile non preclude l'azione di risarcimento per il mancato guadagno

Cass. civ., Sez. Un. 25 febbraio 2025, n. 4892 [Download](#)

Il diritto del locatore a conseguire, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno da mancato guadagno a causa della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore non viene meno, di per sé, in seguito alla restituzione del bene locato prima della naturale scadenza del contratto, ma richiede, normalmente, la dimostrazione, da parte del locatore, di essersi tempestivamente attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, fermo l'apprezzamento del giudice delle circostanze del caso concreto anche in base al canone della buona fede e restando in ogni caso esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c.

LA NOTA

La vicenda

Il conduttore si era reso moroso nel pagamento dei canoni, sicché, dopo la convalida dello sfratto, l'effettivo rilascio avveniva a distanza di alcuni mesi. Per queste ragioni, il nuovoproprietario aveva chiesto il risarcimento dei danni, compresi i canoni non corrisposti fino alla data di naturale scadenza del contratto o, quantomeno, fino alla data dell'eventuale conclusione di una nuova locazione.

I giudici di merito confermavano parzialmente la condanna del conduttore. In particolare, secondo la Corte territoriale, la materiale riconsegna dell'immobile locato "prima" della naturale scadenza del contratto era valsa ad escludere la sussistenza di un residuo pregiudizio a carico della locatrice. Avverso il provvedimento in esame, il proprietario dell'immobile proponeva ricorso in Cassazione. L'ordinanza interlocutoria. La Sezione Terza (ordinanza del 9 novembre 2023, n. 31276) aveva disposto la trasmissione del ricorso al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, in ragione della questione oggetto di contrasto: se, in relazione alla risoluzione per inadempimento della locazione di immobili da parte del conduttore, sia configurabile e, in caso positivo, in quali termini un risarcimento del danno successivo al rilascio, commisurato ai canoni che il locatore avrebbe potuto percepire fino alla scadenza del contratto.

Gli orientamenti in contrasto. Secondo un primo orientamento (maggioritario), il locatore, che abbia chiesto ed ottenuto la risoluzione anticipata del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, ha diritto anche al risarcimento del danno per la anticipata cessazione del rapporto, da individuare nella mancata percezione dei canoni concordati fino al reperimento di un nuovo conduttore, ed il cui ammontare è riservato alla valutazione del giudice di merito sulla base di tutte le circostanze del caso concreto. Secondo altro orientamento (minoritario), in ipotesi di risoluzione del contratto di locazione per inadempimento del conduttore, intervenuto il rilascio del bene locato, la mancata percezione da parte del locatore dei canoni che sarebbero stati esigibili fino alla scadenza convenzionale o legale del rapporto, ovvero fino al momento in cui il locatore stesso conceda ad altri il godimento del bene con una nuova locazione, non configura di per sé un danno da "perdita subita", né un danno da "mancato guadagno".

La divergenza applicativa

In sintesi, il punto di divergenza fra i due orientamenti risiede nelle conseguenze che vengono ricollegate alla valutazione in termini di godimento indiretto della locazione.

- Per l'indirizzo minoritario (applicato dalla Corte territoriale) non c'è pregiudizio, con riferimento ai canoni che, dopo il rilascio, sarebbero stati esigibili fino alla scadenza del contratto, se il godimento torna al proprietario locatore in seguito al rilascio all'esito della risoluzione per inadempimento.
- Per il primo indirizzo (maggioritario), invece, il rilascio dell'immobile non neutralizza il danno del mancato conseguimento del canone fino alla scadenza del rapporto contrattuale.

Il ragionamento delle Sezioni Unite.

I giudici ritengono che la restituzione anticipata dell'immobile da parte del conduttore inadempiente, non può costituire il ripristino di un preesistente equilibrio delle sfere giuridico-patrimoniali delle parti. Per meglio dire, la frustrazione che il locatore è costretto a subire per effetto dell'inadempimento del conduttore, non potrà in tal senso mai essere reintegrata, sul piano risarcitorio, dalla ricollocazione dello stesso locatore nella medesima condizione economico-patrimoniale precedente la conclusione del contratto. Né può estendersi in via analogica la regola dettata dall'articolo 1591 c.c., in quanto tale norma riguarda le sole conseguenze risarcitorie connesse al ritardo nella restituzione dell'immobile da parte del conduttore. Le considerazioni esposte confermano la correttezza delle riflessioni della giurisprudenza maggioritaria.

Ai fini dimostrativi, è in questo quadro che si colloca “la giustificazione” dell'attribuzione di un carattere ragionevolmente dirimente alla dimostrazione, da parte del locatore, d'essersi convenientemente attivato, non appena ottenuta la riconsegna del proprio immobile, al fine di rendere conoscibile con i mezzi ordinari la disponibilità dell'immobile per una nuova locazione.

Il principio di diritto.

In conclusione, alla luce delle considerazioni esposte, la Corte di Cassazione accoglie il ricorso con enunciazione del seguente principio di diritto: «Il diritto del locatore a conseguire, ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno da mancato guadagno a causa della risoluzione del contratto per inadempimento del conduttore non viene meno, di per sé, in seguito alla restituzione del bene locato prima della naturale scadenza del contratto, ma richiede, normalmente, la dimostrazione, da parte del locatore, di essersi tempestivamente attivato, una volta ottenuta la disponibilità dell'immobile, per una nuova locazione a terzi, fermo l'apprezzamento del giudice delle circostanze del caso concreto anche in base al canone della buona fede e restando in ogni caso esclusa l'applicabilità dell'art. 1591 c.c.»..



L'estinzione del leasing "a monte" comporta lo scioglimento del noleggio "a valle"?

Cass. civ., Sez. III, 20 settembre 2024, n. 25339 [Download](#)

In materia di locazione di cosa altrui, l'estinzione del diritto personale di godimento in capo al concedente non determina l'automatico scioglimento del contratto di locazione del quale, pertanto, permangono inalterati gli effetti obbligatori, con la conseguenza che l'utilizzatore non può invocare la risoluzione del contratto per inadempimento se non riceve, dal terzo proprietario, alcuna molestia ovvero se ricevendola, venga garantito dal concedente.

LA NOTA

Una società noleggia un'auto ad un'altra società per la durata di cinque anni, quest'ultima è inadempiente al pagamento dei canoni e la prima **agisce in via monitoria**. Il debitore ingiunto presenta opposizione deducendo che il creditore, in realtà, non sia il proprietario dell'auto noleggiata ma il mero utilizzatore, avendola ricevuta in *leasing* (da un'altra società). Il contratto di locazione finanziaria (**leasing**) è cessato prima della scadenza del contratto di noleggio, pertanto, secondo l'opponente, la cessazione del contratto di *leasing* "a monte" determina la risoluzione del contratto di noleggio "a valle" e, dunque, egli non è tenuto al pagamento dei canoni residui.

La Corte di Cassazione, Sezione III, con l'**ordinanza del 20 settembre 2024, n. 25339 (testo in calce)**, confuta tale argomentazione. Innanzitutto, i giudici di legittimità precisano come, nel nostro ordinamento, il diritto personale di godimento (come quello scaturente dalla **locazione**, dall'affitto o dal *leasing*) possa essere concesso anche *a non domino*. Ad esempio, il contratto di locazione può **essere concluso anche dal soggetto che non sia proprietario del bene**, essendo ammissibile la locazione di cosa altrui. Ciò premesso, la cessazione del contratto di *leasing* "a monte" – che determina l'estinzione del diritto personale di godimento in capo alla società che ha concesso il mezzo a noleggio – **non comporta automaticamente lo scioglimento del contratto "a valle" con l'utilizzatore**, il quale «non può invocare la risoluzione del contratto per inadempimento se non riceve, dal terzo proprietario, alcuna molestia ovvero se ricevendola, venga garantito dal concedente». Infatti, come abbiamo visto, il locatore non deve necessariamente essere il proprietario del bene ma deve garantire il conduttore (o utilizzatore) da chi vanti diritti sulla cosa. Tuttavia, se il proprietario non avanza alcuna pretesa, il contratto stipulato *a non domino* (ossia "da chi non è proprietario") rimane efficace tra le parti. Pertanto, in tale circostanza, **l'utilizzatore non può invocare la risoluzione del contratto se non ha ricevuto alcuna molestia dal proprietario o, in caso affermativo, sia stato garantito dal concedente**.

La vicenda

Nel 2011, la società Alfa s.p.a. noleggia un autoveicolo alla società Beta s.a.s. per la durata di cinque anni; la società di capitali cede il ramo d'azienda avente ad oggetto il noleggio di veicoli alla società Gamma s.p.a. che subentra nel contratto di noleggio. Nel 2017, quest'ultima società (Gamma) agisce contro la società a cui era stato noleggiato il mezzo (Beta) in quanto inadempiente al pagamento di parte dei canoni ed ottiene un **decreto ingiuntivo** nei confronti del socio accomandatario responsabile dei debiti della società (Beta) nel frattempo sciolta. Il debitore ingiunto propone opposizione deducendo che il noleggiante (Gamma) non sia il proprietario dell'automobile ma solo l'utilizzatore avendola in *leasing*; il contratto di *leasing* era cessato nel 2015, pertanto, secondo le sue difese, a decorrere dalla data di scadenza del *leasing* era venuta meno la disponibilità del mezzo in capo all'utilizzatore (Gamma) e, conseguentemente, era cessato anche il contratto di noleggio (con Beta). L'opponente ritiene di non dover corrispondere i canoni maturati nel periodo compreso tra la scadenza del contratto di *leasing* (fine del 2015) e quella del noleggio (fine 2016),

anzi, sostiene di aver versato canoni superiori al dovuto. In primo e secondo grado, l'opposizione viene respinta, si giunge così in Cassazione.

Premessa: il contratto di locazione finanziaria (*leasing*) e il contratto di noleggio

Il contratto di *leasing* è il negozio giuridico tra il concedente e l'utilizzatore, in cui quest'ultimo prende in godimento un bene dietro corresponsione di un canone periodico. L'utilizzatore si assume il rischio del perimento e del cattivo funzionamento della *res* durante il periodo di vigenza del contratto. Il *leasing* presenta numerose somiglianze con la locazione, non a caso è anche detto "locazione finanziaria". Si precisa che, sino a poco tempo fa, la locazione finanziaria rientrava nei cosiddetti "contratti atipici" in quanto privi di disciplina normativa. Recentemente, la **legge 124/2017** all'art. 1 commi 136-140 (legge annuale per il mercato e per la concorrenza) ha definito il *leasing* come il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo (ex **art. 106 TUB**) si obbliga ad acquistare o a far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, **che ne assume tutti i rischi, anche di perimento**, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo (**canone**) che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito (**diritto di riscatto**) ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo. Lo scopo del contratto è il **finanziamento** (ecco spiegato il sintagma "locazione finanziaria"), ossia l'obiettivo è di finanziare l'utilizzatore che, grazie a tale strumento, ottiene la disponibilità immediata del bene e, tramite il canone, rimborsa la somma anticipata dal concedente. Il *leasing* può essere "di godimento" se ha ad oggetto un bene il cui valore residuo è limitato, oppure "traslativo" (solitamente riguarda i beni immobili) se ha ad oggetto un bene il cui valore residuo è apprezzabile e, quindi, risulta conveniente esercitare il diritto di riscatto.

Le ipotesi normativamente previste in materia di noleggio si trovano nell'**art. 85 del Codice della Strada** che si occupa del noleggio con conducente e nell'**art. 384 Codice della Navigazione** relativamente al noleggio della nave. Il noleggio non è disciplinato dal Codice civile, pertanto, si tratta di un contratto atipico **simile alla locazione**, che ha ad oggetto solo beni mobili, ad esempio, beni mobili registrati (come le automobili). Ciò premesso, torniamo al *decisum*.

La scadenza del contratto di *leasing* produce effetti sul noleggio?

Nel caso in esame:

- la società Gamma s.p.a. è sia **utilizzatore** del bene (in base al contratto di *leasing* "a monte") sia **concedente** dello stesso (in virtù del contratto di noleggio "a valle"),
- la società Beta s.a.s. è utilizzatore "finale" del bene in base al contratto di noleggio.

Secondo le difese svolte dal ricorrente, la scadenza del contratto di *leasing* obbliga l'utilizzatore (Gamma) a restituire il mezzo al concedente, di conseguenza, essendo venuto meno il contratto "a monte", anche l'utilizzatore "a valle" (Beta) deve rendere il mezzo. In ragione di ciò, il ricorrente ha restituito l'auto *ante tempus* ed è da questo che ha avuto scaturigine il contenzioso.

La Suprema Corte considera infondata la doglianza.

Secondo i giudici di legittimità, se si accogliesse la tesi difensiva del ricorrente, bisognerebbe affermare il principio per cui «un diritto personale di godimento si estingue ipso facto se chi lo concesse, avendo a sua volta sul bene solo un diritto personale di godimento, l'abbia perduto».

Ebbene, una simile posizione **non è sostenibile**.

Il locatore (o il concedente) non deve necessariamente essere proprietario del bene

Il diritto personale di godimento su un bene (come quello scaturente dalla locazione, dall'affitto, dal *leasing* o dal noleggio) può essere concesso anche dal soggetto che non vanti diritti reali su di esso. La legge ammette la locazione di cosa altrui (**art. 1571 c.c.**) e, infatti, tra i requisiti di validità del contratto non è richiesta la proprietà o la disponibilità del bene da parte del locatore (Cass. 15292/2019). Il concedente, però, deve garantire l'utilizzatore dalle pretese di chi vanti diritti sulla cosa (**art. 1575 n. 3, art. 1585 c.c.**). La rivendica del bene da parte del proprietario (terzo rispetto al contratto a valle) nei confronti del conduttore costituisce un inadempimento da parte del concedente. Pertanto, il conduttore può esperire l'azione di **inadempimento (art. 1218 c.c.)** o di **risoluzione (art. 1453 c.c.)** verso il concedente, fatto salvo il diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, nell'ipotesi in cui il terzo proprietario non avanzi pretese nei confronti del conduttore, il contratto di locazione (o noleggio) stipulato a non domino, **resta valido ed efficace inter**

partes. Infatti, «l'obbligo del locatore di garantire il conduttore dalle pretese di terzi può essere assolto non solo "a valle", attraverso il risarcimento del danno; ma anche "a monte", ad esempio tacitando il terzo proprietario affinché rinunci ad azioni di rivendica nei confronti del conduttore».

Conclusioni: rigettato il ricorso dell'utilizzatore dell'auto a noleggio

Secondo gli ermellini, in questa fattispecie, non opera il principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis* (ossia, una volta che sia venuto meno il diritto del dante causa, cessa anche il diritto dell'avente causa). Infatti, **il contratto di locazione** (o noleggio, in questo caso) **stipulato a non domino non si scioglie automaticamente in caso di estinzione del diritto in capo al concedente**. Gli effetti obbligatori scaturenti dal negozio, come l'obbligo di pagamento del canone e la garanzia di pacifico godimento del bene, rimangono immutati. Pertanto, l'utilizzatore (ossia la società che ha ricevuto l'auto a noleggio) non può invocare la risoluzione del contratto per inadempimento allorché non abbia ricevuto alcuna molestia da parte del terzo proprietario oppure, nel caso in cui l'abbia ricevuta, se venga garantito dal concedente.

Per tutte le ragioni sopra esposte, la Suprema Corte rigetta il ricorso dell'utilizzatore dell'auto a noleggio, non provvede sulle spese non avendo la parte intimata svolto difese e dà atto della sussistenza dei presupposti per la corresponsione di un ulteriore importo a titolo di **contributo unificato** pari a quello previsto per il ricorso, se dovuto, ex **art. 13 comma 1-quater DPR 115/2002**.



Per le Sezioni Unite, la meritevolezza del contratto va valutata con esclusivo riguardo allo scopo perseguito dalle parti

Cass. Civile, **Sez. Un.**, Sent. n. 5657 del 23/02/2023 [Download](#)

Il giudizio di “immeritevolezza” di cui all’art. 1322, secondo comma, c.c. va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà; la clausola inserita in un contratto di leasing, la quale preveda che: a) la misura del canone vari in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta domestica ed una valuta straniera; b) l’importo mensile del canone resti nominalmente invariato, e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte; non è un patto immeritevole ex art. 1322 c.c., né costituisce uno “strumento finanziario derivato” implicito, e la relativa pattuizione non è soggetta alle previsioni del d. lgs. 58/98.

IL CASO

I fatti di causa vedono una società di leasing, concedente, stipulare con una società utilizzatrice un contratto di leasing avente ad oggetto un immobile. Il debito della società utilizzatrice venne garantito da cinque persone fisiche. Sei anni dopo la stipula del contratto, la società concedente, lamentando l’inadempimento della società utilizzatrice, chiese ed ottenne dal Tribunale un decreto ingiuntivo, pronunciato nei confronti della debitrice e dei suoi garanti, a titolo di canoni scaduti e non pagati.

Tutti gli intimati proposero, congiuntamente, opposizione al decreto. A fondamento dell’opposizione dedussero l’invalidità del contratto di leasing, nella parte in cui conteneva una clausola di variabilità del canone, dovendosi, dunque, qualificare come “strumento finanziario implicito”, e doveva ritenersi perciò nullo, in quanto stipulato senza che fossero stati assolti da parte della banca i preventivi obblighi di informazione imposti dal d. lgs. 58/98. Chiesero perciò la revoca del decreto ingiuntivo e, in via riconvenzionale, la condanna della società concedente alla restituzione di tutte le somme pagate a titolo di indicizzazione del canone, nonché la condanna dell’intermediario al risarcimento del danno.

Il Tribunale ritenne che la clausola che prevedeva la variazione del canone contenesse in realtà due strumenti finanziari derivati, autonomi rispetto al contratto di leasing e ne dichiarò quindi la nullità, poiché la società utilizzatrice non aveva ricevuto le informazioni precontrattuali prescritte dalla legge prima della stipula di contratti aventi ad oggetto strumenti finanziari. Ridusse di conseguenza il credito della concedente e la condannò a risarcire il danno patito dall’utilizzatrice.

La sentenza fu appellata e la Corte d’appello rigettò il gravame, adottando però una motivazione diversa rispetto a quella del Tribunale: infatti, la Corte d’appello ha definito l’intero contratto sottoposto al suo esame come “una sorta di swap”, lo ha qualificato “aleatorio” e lo ha dichiarato rientrante nel *genus* delle scommesse. Secondo la Corte d’Appello, l’opposizione al decreto ingiuntivo andava accolta in quanto la sola clausola di rischio cambio era “invalida ex art. 1322, secondo comma, c.c.”, e non già perché il contratto fosse nullo a causa della violazione degli obblighi di informazione precontrattuale prescritti dal d. lgs. 58/98.

La sentenza d’appello, in seguito, è stata impugnata per cassazione dalla società concedente e l’utilizzatrice ed i suoi cinque fideiussori hanno resistito con controricorso.

LA QUESTIONE

Con ordinanza interlocutoria, la Terza Sezione civile della Corte di Cassazione ha rimesso gli atti al Primo Presidente, affinché fosse valutata l’opportunità di assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite, rilevando contrastanti decisioni della stessa Corte, circa la validità di clausole come quella oggetto del giudizio, ponendo le seguenti questioni di diritto: “a) se la clausola di cui si discorre sia un mero meccanismo di indicizzazione, oppure costituisca una “scommessa”, o comunque abbia una finalità speculativa; b) se la suddetta clausola muti la causa del contratto di leasing, “inquinandola”, ed in questo caso con quali effetti; c) se la relativa pattuizione, a causa della sua oscurità, violi i doveri di correttezza e buona fede da parte del predisponente”.

LA SOLUZIONE

Le Sezioni Unite, preliminarmente, ritengono fondata la censura di violazione dell’articolo 1322, secondo comma, c.c., sostenendo che il giudizio di “meritevolezza” di cui all’art. 1322, comma secondo, c.c., non coincide col giudizio di liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa. Infatti, viene rilevato che secondo la Relazione al Codice civile, la meritevolezza è un giudizio che deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso avuto di mira dalle parti,

cioè lo scopo pratico o causa concreta. Dunque, il risultato del contratto dovrà dirsi immeritevole solo quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico.

Secondo il Collegio, questo principio, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo, 4, secondo comma, e 41, secondo comma, Cost e un contratto non può dirsi "immeritevole" solo perché poco conveniente per una delle parti.

Per le Sezioni Unite, quindi, affinché un patto atipico possa dirsi "immeritevole", ai sensi dell'art. 1322 c.c., è necessario accertare la contrarietà non del patto, ma del risultato cui esso mira con i principi di solidarietà, parità e non prevaricazione che il nostro ordinamento pone a fondamento dei rapporti privati.

Scendendo all'analisi del caso concreto, il Collegio osserva che la Corte d'appello ha reputato che la clausola di "rischio cambio" fosse "immeritevole" ex art. 1322 c.c. spendendo tre argomenti, e cioè: 1) il calcolo della variazione del saggio di interesse dovuto dall'utilizzatrice era "astruso e macchinoso"; 2) la clausola che disciplinava il "rischio cambio" era caratterizzata da aleatorietà e squilibrio, in quanto prevedeva una differente base di calcolo dell'indicizzazione, a seconda che l'euro si fosse apprezzato o deprezzato rispetto alla valuta di riferimento; 3) il c.t.u. aveva accertato che fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro.

Secondo le Sezioni Unite, tuttavia, tutti e tre gli argomenti sono erronei in punto di diritto, in quanto né singolarmente, né complessivamente, sono idonei a giustificare un giudizio di "immeritevolezza" ex art. 1322 c.c., alla luce dei principi stabiliti dalla Corte di Cassazione.

In particolare, il primo argomento è erroneo perché una clausola contrattuale "astrusa" od inintelligibile non rende il contratto nullo o "immeritevole" ex 1322 c.c. e, dunque, dinanzi a clausole contrattuali oscure il giudice deve ricorrere agli strumenti legali di ermeneutica (artt. 1362-1371 c.c.), e non ad un giudizio di immeritevolezza. La clausola oscura andrà dunque interpretata, in mancanza di altri criteri, almeno in modo che le si possa dare un senso (artt. 1371 c.c.), oppure *contra proferentem* (art. 1370 c.c.). Quanto, poi, all'affermazione secondo cui una clausola "macchinosa" sarebbe di per sé immeritevole, secondo il Collegio essa non può essere condivisa per due ragioni, ovvero che, da un punto di vista epistemologico, non esistono concetti "facili" e concetti "difficili", ma esistono concetti noti e concetti ignoti: i primi sono comprensibili ed i secondi no, se non vengano spiegati. Una clausola contrattuale non può dirsi dunque mai "macchinosa" in senso assoluto. Può esserlo in senso relativo, per esempio se contenuta in un testo contrattuale predisposto unilateralmente e sottoposto a persona priva delle necessarie competenze per comprenderlo, ma in quest'ultima ipotesi non si dirà che quel contratto è "immeritevole", bensì che il contratto è annullabile poiché il consenso del contraente è stato dato per errore o carpito con dolo, oppure si dirà che il proponente è tenuto al risarcimento del danno per non avere fornito alla controparte le necessarie informazioni precontrattuali, ove imposte dalla legge o dal dovere di buona fede.

Si aggiunge, al proposito, che molti contratti contengono per necessità clausole assai articolate e complesse, come, ad esempio, i contratti di *handling* aeroportuale, le assicurazioni dei rischi agricoli, il noleggio di piattaforme *off-shore*, il *project financing* di opere pubbliche, ma anche i contratti di massa come quelli di somministrazione di energia elettrica. Il Collegio conclude, quindi, che l'equazione stabilita dalla Corte d'appello, per cui "macchinosità della clausola = immeritevolezza" è erronea in punto di diritto.

La seconda ragione, per le Sezioni Unite, è che nel caso di specie la pretesa "macchinosità" consisteva in una banale moltiplicazione d'un rapporto per una differenza, e, cioè un'operazione puramente aritmetica, e niente affatto "macchinosa".

Ancora, il Collegio rileva che il secondo argomento speso dalla sentenza impugnata per pervenire al giudizio di immeritevolezza della clausola ("la clausola è caratterizzata da aleatorietà e squilibrio") è erroneo in punto di diritto sotto due profili: in primo luogo, la sentenza impugnata mostra di confondere l'alea economica, insita in ogni contratto, con l'alea giuridica, che del contratto forma invece oggetto e ne è elemento essenziale e cioè la *susceptio periculi*. Si nota che, nel caso di specie, causa del contratto era il trasferimento della proprietà di un immobile, non il trasferimento di un rischio dietro pagamento di un prezzo e, in ogni caso, un contratto aleatorio non è, per ciò solo, immeritevole di tutela ex articolo 1322 c.c. La vendita del raccolto futuro (*emptio spei*), l'assicurazione sulla vita a tempo determinato per il caso di morte, la rendita vitalizia sono tutti contratti aleatori e se la legge ne consente la stipula, l'aleatorietà non può ritenersi di per sé una caratteristica tale da rendere "immeritevole" di giuridica esistenza il contratto, né è inibito alle parti stipulare contratti aleatori atipici, e neppure è vietato inserire elementi di aleatorietà in un contratto commutativo: le parti d'un contratto infatti, nell'esercizio del loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (art. 1467 e 1664 cod. civ.). E l'assunzione del suddetto rischio, secondo le Sezioni Unite, può risultare, anche per implicito, dal regolamento convenzionale che le parti hanno dato al rapporto e dal modo in cui hanno strutturato le loro obbligazioni.

Il Collegio evidenzia, poi, come la Corte d'appello abbia ritenuto che la clausola di indicizzazione sarebbe "immeritevole" perché le contrapposte obbligazioni delle parti erano "squilibrato", in quanto la misura della variazione del saggio degli interessi non era simmetrica.

Per la Corte di Appello, una pari variazione del rapporto di cambio tra il franco svizzero e l'euro avrebbe infatti comportato variazioni diverse del saggio di interessi, a seconda che la variazione fosse stata a favore del concedente

o dell'utilizzatore. Secondo le Sezioni Unite, la Corte d'appello ha, così, mostrato implicitamente di ritenere che il concetto di "equilibrio delle prestazioni" di un contratto sinallagmatico consista in una paritaria e perfetta equipollenza tra le contrapposte obbligazioni e che ogni minimo disallineamento tra questa perfetta parità possa essere sindacato dal giudice, amputando parti del contratto per ricondurlo all'equità.

Secondo le Sezioni Unite, entrambe queste affermazioni sono tuttavia erranee, per più ragioni. La prima ragione è che il diritto dei contratti non impone l'assoluta parità tra le parti su condizioni, termini e vantaggi contrattuali: la libertà negoziale è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti e l'ordinamento garantisce in egual misura tanto la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti, quanto il diritto di iniziativa economica. La seconda ragione è che lo squilibrio delle prestazioni non può farsi coincidere con la convenienza del contratto. Pertanto, secondo il Collegio, l'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio di libertà negoziale. La terza ragione è che lo squilibrio economico tra le prestazioni, se è genetico, legittima il ricorso alla rescissione per lesione, se è sopravvenuto legittima il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta e l'esistenza di tali rimedi esclude la necessità di ricorrere al concetto di "immeritevolezza" d'un contratto che preveda "prestazioni squilibrate". La quarta ragione è che, anche ad ammettere che il calcolo del conguaglio degli interessi, per come previsto dal contratto, fosse più vantaggioso per il concedente rispetto all'utilizzatore, questa circostanza non basta di per sé a rendere "immeritevole" ex art. 1322 c.c.: secondo le Sezioni Unite, si potrà discutere se questa clausola sia valida ex art. 1341 c.c., oppure se sia frutto dell'approfittamento d'uno stato di bisogno, od ancora se non sia stata adeguatamente illustrata in sede precontrattuale, ma nel primo caso soccorrerà il rimedio della nullità, nel secondo quello della rescissione, nel terzo quello dell'annullamento del contratto per errore o del risarcimento del danno.

Ancora, le Sezioni Unite rilevano come la Corte d'appello abbia giudicato immeritevole un patto contrattuale, limitandosi a registrare un dato puramente esteriore: la differenza della formula di calcolo del conguaglio degli interessi, evidenziando che, tuttavia, qualsiasi valutazione circa la validità o la meritevolezza di un patto contrattuale non potrebbe mai limitarsi all'esame del suo contenuto, senza apprezzarne gli effetti, e senza valutare se essi siano sorretti da una giusta causa.

Dopo tali considerazioni, le Sezioni Unite affermano che il giudizio di "immeritevolezza" di un contratto, ex art. 1322, secondo comma, c.c., non può essere formulato in astratto ed *ex ante*, limitandosi a considerare il solo contenuto oggettivo dei patti contrattuali, ma va compiuto in concreto ed *ex post*, ricercando lo scopo perseguito dalle parti.

Dunque, il Collegio procede all'esame del contrasto segnalato dalla Terza Sezione rilevando come, in realtà, sul tema della qualificazione e della validità di clausole che prevedano la variazione degli interessi dovuti dall'utilizzatore d'un bene concesso in leasing, in funzione delle oscillazioni d'un indice, sia finanziario che monetario, non possa propriamente parlarsi dell'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza della Corte.

Sulla distinzione tra "derivati impliciti" e clausole di indicizzazione, le Sezioni Unite affermano che una clausola inserita in un contratto di leasing, la quale faccia dipendere gli interessi dovuti dall'utilizzatore dalla variazione di un indice finanziario insieme ad un indice monetario, non è uno strumento finanziario derivato, né un "derivato implicito". Infatti, gli "strumenti finanziari derivati" sono accordi negoziali definiti dall'art. 1 d. lgs. 58/98, mentre la clausola del contratto in esame non è uno strumento finanziario derivato in base alla normativa vigente *ratione temporis*, posto che "Strumento finanziario derivato", per la legge vigente, è solo l'operazione che rientra tra quelle definite come tali dal d. lgs. 58/98, e concordate nell'ambito delle operazioni previste dal suddetto testo unico. Questi "strumenti finanziari derivati" sono: -) o quelli previsti dall'Allegato I al d. lgs. 58/98, Sezione "C", punti 4-10 [art. 1, comma 2 ter, lettera (a), d. lgs. 58/98]; -) o quelli individuati dal Ministro dell'economia con proprio decreto (art. 1, comma 2 bis, d. lgs. 58/98). Tuttavia, nessuna delle previsioni contenute nelle suddette norme è tale da includere, senza residui, la clausola di "rischio cambio" concordata dalle parti del giudizio.

Quindi, le Sezioni Unite escludono la ricorrenza nel caso di specie d'una ipotesi di "derivati connessi a merci" (d. lgs. 58/98, Allegato I, Sezione C. nn. 5, 6 e 7), di "derivati per il trasferimento del rischio di credito" (Allegati I, cit., n. 8), di derivati connessi a "variabili climatiche, tariffe di trasporto, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali" (Allegato I, cit., n. 10).

Resterebbero dunque soltanto le ipotesi di cui ai nn. 4 e 9, e cioè: -) n. 4: Contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati («future»), «swap», accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, quote di emissione o altri strumenti finanziari derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti; -) n. 9: contratti finanziari differenziali. Tuttavia, secondo il Collegio, la clausola in esame non è suscumbibile in alcuna di queste categorie, per la semplice ragione che attraverso essa le parti non hanno scambiato nulla, né hanno inteso trarre frutto da uno scambio di valori comunque determinati.

Il contratto aveva infatti ad oggetto "la locazione finanziaria dell'immobile ivi catastalmente indicato".

Per effetto di esso, la società concedente ha assunto l'obbligo di acquistare l'immobile, la società utilizzatrice quello di goderne e restituire le rate e nessun "reciproco scambio di flussi di denaro" era previsto tra le parti, né fu interesse delle parti concludere quel contratto per lucrare sulle previste fluttuazioni valutarie, e per coprire un rischio di credito. Infine, secondo la Corte, la clausola di "rischio cambio" inserita nel contratto di leasing oggetto del giudizio non può qualificarsi "strumento finanziario derivato" nemmeno facendo ricorso all'analogia, per due ragioni: sia perché la sua causa - per quanto dedotto dalle parti - nulla ha in comune con quella degli "strumenti finanziari derivati" elencati dalla legge; sia perché è privo di alcuni elementi essenziali che accomunano la maggior parte degli strumenti finanziari derivati tipici.

Ancora, le Sezioni Unite hanno evidenziato che il contratto di leasing ha sempre una funzione anche di finanziamento, ed un finanziamento può legittimamente essere concesso in valuta nazionale od in valuta estera. In particolare, un finanziamento in valuta estera ha lo scopo di evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale e cioè il rischio della svalutazione per il creditore, e il rischio della rivalutazione per il debitore. Per il Collegio, un finanziamento (non importa se in forma di mutuo o di leasing) il cui importo è parametrato ad un rapporto di cambio, è un debito di valore e non di valuta, pertanto, l'aleatorietà del contratto, lungi dal costituire un indice della presenza d'un "derivato implicito", non è che un effetto naturale d'una altrettanto normale clausola-valore, la previsione che eventuali congruagli a favore dell'una o dell'altra parte fossero regolati a parte, e non incidessero sul valore della rata che restava costante non è che una modalità esecutiva delle reciproche obbligazioni, insuscettibile di riverberare effetti di sorta sulla qualificazione del contratto. Il titolo dell'obbligazione, infatti, non muta solo perché cambi il termine di adempimento e il creditore ha facoltà di accettare un adempimento parziale (art. 1181 c.c.) o di rinunciare al termine stabilito a suo favore (art. 1185 c.c.), e ciò dimostra che la possibilità di regolare a parte alcune delle obbligazioni e non altre, oppure una aliquota dell'unica obbligazione, è un effetto normale dello statuto delle obbligazioni civili.

Le Sezioni Unite aggiungono, poi, che le considerazioni sin qui svolte non mutano per il fatto che il contratto prevedeva una doppia indicizzazione, agganciando le variazioni del canone sia alle variazioni del tasso LIBOR, sia alle variazioni del rapporto di cambio franco/euro, infatti: a) l'indicizzazione del canone al tasso LIBOR costituisce una normale clausola onnipresente nei finanziamenti a tasso variabile; essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato; b) l'indicizzazione del canone alle fluttuazioni del rapporto di cambio costituisce una clausola-valore, secondo quanto appena esposto; così inquadrata, per il Collegio, anch'essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato.

Si afferma, in conclusione, sostenibile che dalla combinazione di due clausole, tutte e due lecite e non costituenti uno strumento finanziario derivato, possa sorgere un contratto illecito e che costituisca uno strumento finanziario derivato. Per le Sezioni Unite, la previsione di maggiori o minori obblighi a carico di una delle parti, rispetto a quelli scaturenti dallo schema contrattuale tipico, non è di per sé sufficiente a concludere che quel contratto, mercé la pattuizione di quegli obblighi aggiuntivi, abbia mutato causa e natura. Questo è il principio che emerge, inequivoco, anche dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Cassazione, la quale - ad esempio - ha ritenuto che: -) il contratto di concessione del diritto d'uso (art. 1021 c.c.) non muta causa sol perché sia imposto un facere a carico del proprietario della cosa (Sez. 2, Sentenza n. 462 del 17/02/1955, Rv. 880375 - 01); -) il contratto di associazione tra professionisti (ex lege 1815/1939) non muta causa sol perché preveda la possibilità che il singolo associato sia escluso e, dunque, l'applicazione di questo principio alle clausole di "rischio cambio" come quelle oggetto del caso di specie, impone di concludere che esse non mutano la causa del contratto di leasing. Infatti, la presenza della suddetta clausola non basta per sostenere che fosse volontà del concedente concludere il contratto al solo fine di speculare sul tasso di cambio.

Infine, le Sezioni Unite si soffermano sui concetti di meritevolezza e rispetto dei doveri di buona fede, affermando essere questioni distinte e separate, in quanto un contratto invalido può essere eseguito in buona fede, così come uno valido può essere eseguito in mala fede e il giudizio di meritevolezza serve a stabilire se il contratto possa produrre effetti, mentre il giudizio sul rispetto della buona fede serve a stabilire molte cose: prima della stipula può servire a stabilire se il consenso di una delle parti sia stato carpito con dolo o dato per errore; dopo la stipula, può servire a stabilire come debba interpretarsi il contratto (art. 1366 c.c.); dopo l'adempimento, può servire a stabilire se questo sia stato inesatto (art. 1375 c.c.). Ancora, si evidenzia che il contratto immeritevole è improduttivo di effetti, mentre il contratto eseguito senza buona fede fa sorgere il diritto alla risoluzione o al risarcimento del danno.

Alla luce di questi principi, il Collegio conclude che la sola pattuizione di una clausola di rischio cambio come quella oggetto del giudizio non può costituire, da sola, violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte di un intermediario creditizio o finanziario e, in ogni caso, anche l'eventuale violazione dei suddetti doveri di correttezza nella fase delle trattative e di buona fede nell'esecuzione del contratto, non potrebbe condurre ad una dichiarazione di "immeritevolezza" del contratto. Quelle violazioni potrebbero condurre teoricamente solo all'annullamento del contratto per vizio del consenso (errore o dolo), oppure all'affermazione di una responsabilità precontrattuale, od ancora al risarcimento del danno.



Indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto contrattuale: il mutuo bancario

Cass. Civile, **Sez. Un.**, sent. N. 15130, del 29/05/2024 [Download](#)

Le Sezioni Unite civili – pronunciandosi su questione oggetto di rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. – hanno affermato il seguente principio:

«In tema di mutuo bancario, a tasso fisso, con rimborso rateale del prestito regolato da un piano di ammortamento «alla francese» di tipo standardizzato tradizionale, non è causa di nullità parziale del contratto la mancata indicazione della modalità di ammortamento e del regime di capitalizzazione «composto» degli interessi debitori, per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto né per violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti.»

LA NOTA

Premessa

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza n. 15130 del 29 maggio 2024, ha risolto il contrasto giurisprudenziale in tema di mutuo con ammortamento c.d. “alla francese”.

In particolare, il Supremo Consesso ha affermato il seguente principio di diritto: “In tema di mutuo bancario, a tasso fisso, con rimborso rateale del prestito regolato da un piano di ammortamento «alla francese» di tipo standardizzato tradizionale, non è causa di nullità parziale del contratto la mancata indicazione della modalità di ammortamento e del regime di capitalizzazione «composto» degli interessi debitori, per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto né per violazione della normativa in tema di trasparenza delle condizioni contrattuali e dei rapporti tra gli istituti di credito e i clienti”.

1. Il caso

Il contenzioso ha avuto origine presso il Tribunale di Salerno, dove l'attrice/mutuataria aveva contestato la validità di un mutuo ipotecario a tasso fisso stipulato nel 2007, a causa della mancata pattuizione ed indicazione all'interno del contratto delle modalità di ammortamento, cd. “alla francese”, e delle modalità di calcolo degli interessi passivi.

Più precisamente, il mutuo oggetto di causa non indicava espressamente la modalità di ammortamento (nel caso di specie, “alla francese”), né il regime finanziario di capitalizzazione adottato (nella vicenda in esame, “composto”), né le modalità di calcolo degli interessi passivi, mentre nel contratto de quo, risultava determinato l'importo mutuato (€ 80.000,00), la durata del prestito (quindici anni), il numero delle “rate costanti” da restituire con la specificazione della quota per capitale e della quota per interessi, il TAN (tasso annuo nominale) e il TAE (tasso annuo effettivo).

In particolare, il Tribunale di Salerno, con l'ordinanza di rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c. del 19 luglio 2023, ha richiesto alla Suprema Corte la risoluzione della questione di diritto concernente «l'interpretazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla omessa indicazione, all'interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione “composto” degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del Tasso Annuo Nominale (TAN), nonché della modalità di ammortamento c.d. alla francese, cioè se tale carenza di espressa previsione negoziale possa comportare la indeterminatezza e/o indeterminabilità del relativo oggetto, con conseguente nullità strutturale in forza del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., nonché [...] la violazione delle norme in tema di trasparenza e, segnatamente, dell'art. 117, comma 4, T.u.b. che impone, a pena di nullità, che “i contratti indicano il tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizioni praticate, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora”, con conseguente rideterminazione del piano di ammortamento applicando il tasso sostitutivo “B.O.T.” (art. 117, comma 7, T.u.b.)» (a pag. 4-5 dell'ordinanza).

La Prima Presidente della Cassazione, con provvedimento del 7 settembre 2023, verificata la sussistenza delle condizioni oggettive di ammissibilità del rinvio pregiudiziale richieste dall'art. 363-bis c.p.c. e considerato che la questione predetta «è suscettibile di porsi in numerosi giudizi ... non è sporadica né episodica e neppure originata dalla peculiarità della fattispecie concreta, ma presenta uno spiccato carattere di serialità», ha così rimesso la questione alle Sezioni Unite civili.

2. L'ammortamento alla francese

Il metodo di ammortamento cd. "alla francese" è caratterizzato dal fatto che il rimborso del capitale e degli interessi avviene secondo un piano che prevede il pagamento del debito a «rate costanti», comprensive di una quota capitale crescente e di una quota interessi decrescente.

Il mutuatario, secondo quanto stabilito dal piano di ammortamento "alla francese", è tenuto a pagare rate di importo sempre identico. Queste rate costanti sono composte dagli interessi, che vengono calcolati inizialmente sull'intero capitale erogato e successivamente sul capitale residuo, e da frazioni di capitale quantificate in misura pari alla differenza tra l'importo concordato della rata costante e l'ammontare della quota interessi.

La sentenza sottolinea che il calcolo del piano di ammortamento si sviluppa a partire dalla quota interessi e deducendo per differenza la quota capitale, e non viceversa, come chiarito dai matematici finanziari.

Il rimborso delle frazioni di capitale incluse nella rata in scadenza produce una riduzione del capitale (debito) residuo e una diminuzione del montante sul quale sono calcolati gli interessi maturati nell'anno. Questo meccanismo determina una progressiva diminuzione della quota della rata successiva ascrivibile agli interessi e un corrispondente aumento della quota ascrivibile al capitale.

In altre parole, nelle prime fasi del piano di ammortamento, la quota della rata destinata agli interessi è maggiore, mentre la quota destinata al capitale è minore. Con il passare del tempo, e con l'abbattimento del capitale residuo, la situazione si inverte: la quota degli interessi diminuisce progressivamente, mentre quella del capitale aumenta.

3. I precedenti giurisprudenziali

La pronuncia delle Sezioni Unite in commento è intervenuta per dirimere un contrasto giurisprudenziale che ha visto contrapporsi nel tempo due diversi orientamenti.

In particolare, secondo un primo orientamento giurisprudenziale (maggioritario), dall'omessa indicazione del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi e della modalità di ammortamento "alla francese" non deriverebbero conseguenze in punto di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c., né si porrebbero problemi in termini di violazione della c.d. trasparenza bancaria.

E ciò perché ogni qual volta il piano di ammortamento risulti essere stato allegato al contratto di mutuo e consegnato al cliente, questi potrebbe desumere comunque la modalità di ammortamento (e, dunque, la composizione delle singole rate in cui viene frazionata nel tempo l'obbligazione restitutoria).

La mancata indicazione della modalità di ammortamento non risulterebbe, d'altra parte, pregiudizievole per il cliente in termini di "prezzo" e "condizioni" praticati, riguardando esclusivamente la composizione delle singole rate, e costituendo il piano di ammortamento e la relativa strutturazione la logica e naturale applicazione di quanto contrattualmente pattuito nelle condizioni economiche redatte per iscritto nel corpo del contratto e, dunque, conosciute e conoscibili ex ante dal cliente (si vedano ex multis: Cassazione Civile, n. 13888/2023; Cassazione Civile, n. 27823/2023; Cassazione Civile, n. 34677/2022).

Un diverso indirizzo giurisprudenziale ha evidenziato, invece, che la modalità di ammortamento alla francese, specie in relazione all'applicazione del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, sarebbe suscettibile di determinare un significativo incremento del costo complessivo del denaro preso a prestito dal cliente. Pertanto, anche la modalità di ammortamento alla francese costituirebbe un "prezzo", un "costo" che andrebbe esplicitato all'interno del contratto (Cassazione Civile, n. 17110 del 26/06/2019; Cassazione Civile, n. 16907 del 25/06/2019).

4. La Sentenza della Cassazione a SS.UU. n. 15130 del 29 maggio 2024

Le Sezioni Unite, con la sentenza in commento, hanno evidenziato anzitutto che il regime di capitalizzazione "composto" degli interessi e della modalità di ammortamento "alla francese" non comportano la indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto del contratto di mutuo bancario, con conseguente nullità parziale del contratto ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c..

In particolare, nel caso che ha portato al rinvio pregiudiziale, il piano di ammortamento allegato al contratto risultava conforme ai requisiti di legge previsti dagli artt. 1813 ss. c.c. in quanto indicava chiaramente il numero e la composizione delle rate costanti di rimborso, con una ripartizione delle quote per capitale e per interessi, permettendo al mutuatario di calcolare agevolmente l'importo totale del rimborso con una semplice sommatoria.

Quanto invece alla mancata esplicitazione del maggior costo del prestito derivante dal sistema "composto" di capitalizzazione degli interessi, le SS. UU. hanno chiarito che tale mancanza non comporta la nullità parziale della relativa clausola contrattuale per violazione dell'art. 117, comma 4, T.u.b..

La sentenza in commento ha chiarito infatti che la differenza tra i due piani di ammortamento, "all'italiana" ed "alla francese", è riconducibile alla scelta concordata del tempo e del modo di rimborso del capitale.

Le rate iniziali dell'ammortamento "alla francese" prevedono interessi più elevati poiché il capitale non ancora restituito è maggiore. Nell'ammortamento "all'italiana", invece, il capitale viene abbattuto più velocemente, con il pagamento di rate iniziali più alte, e quindi gli interessi sul capitale residuo inferiore sono inevitabilmente più bassi.

La Suprema Corte a sezioni unite ha quindi evidenziato che il maggior carico di interessi derivante dall'ammortamento "alla francese", non è dovuto a un fenomeno di moltiplicazione tecnica degli interessi (anatocismo), ma è il naturale effetto della scelta di prevedere un piano di rimborso con rate costanti.

Pertanto, in assenza di anatocismo, la tipologia di ammortamento adottata non incide sul tasso annuo nominale (TAN), né sul tasso annuo effettivo globale (TAEG), entrambi esplicitamente indicati nel contratto.

Secondo le Sezioni Unite, l'istituto di credito ha assolto agli obblighi informativi a suo carico e la finalità di trasparenza è raggiunta attraverso l'allegazione del piano di ammortamento al contratto, essendo assicurata, in tal modo, al cliente la possibilità di verificare la rispondenza dell'offerta alle proprie esigenze e alla propria situazione finanziaria e di valutarne la convenienza confrontandola con altre offerte presenti eventualmente sul mercato.

Pertanto, nei mutui bancari la finalità della trasparenza è raggiunta con l'allegazione del piano di ammortamento, che esplicita la periodicità e composizione delle rate, soddisfacendo così la possibilità per il mutuatario di conoscere facilmente l'importo totale del rimborso e di verificare la rispondenza dell'offerta alle proprie esigenze.

5. Conclusioni

In conclusione, la sentenza Cassazione Sezioni Unite 20 maggio 2024, n. 15130, ha escluso che la mancata indicazione della modalità di ammortamento "alla francese" e del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi comporti la nullità parziale del contratto di mutuo bancario ai sensi degli artt. 1346 e 1418, comma 2, c.c. o incida negativamente sui requisiti di determinatezza e determinabilità dell'oggetto del contratto ai sensi dall'art. 117, comma 4, T.u.b..

Occorre tener presente però, che la pronuncia in esame è riferita esclusivamente, per espressa previsione della stessa Corte, ai contratti di mutuo a tasso fisso e, in particolare, ai finanziamenti a cui il piano di ammortamento risulti allegato, con indicazione della quota capitale e della quota interessi corrisposti all'istituto bancario.

Ci si chiede a questo punto se vi sarà applicazione estensiva del principio di diritto e se la decisione verrà utilizzata in modo generalizzato anche in cause in cui l'oggetto della controversia sia inerente ad un mutuo a tasso variabile o che difetti del piano di ammortamento



Rimessa alle Sezioni Unite la questione della qualificazione del mutuo cosiddetto “solutorio”

Cass. Civ, Sez.II, ord. n. n. 18903 del 10 luglio 2024  [Download](#)

La Seconda Sezione civile ha rimesso al Primo Presidente, per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, la questione di massima di particolare importanza - altresì oggetto di contrasto nella giurisprudenza delle Sezioni semplici - concernente la validità del cd. mutuo solutorio (consistente nell'accredito su un conto corrente della somma necessaria a ripianare un pregresso debito del correntista nei confronti della banca mutuante), con particolare riguardo alla necessità di verificare se tale modalità di erogazione della somma - cui si correla l'obbligo del mutuatario di utilizzarla per estinguere una propria diversa posizione debitoria verso il mutuante - integri una *datio rei* suscettibile di porre il danaro nella disponibilità del mutuatario ovvero si traduca in una mera operazione contabile, qualificabile alla stregua di *pactum de non petendo ad tempus*, funzionale a procrastinare la scadenza dei debiti pregressi.

LA NOTA

Con l'ordinanza interlocutoria n.18903, depositata lo scorso 10 luglio, la Cassazione ha disposto la rimessione degli atti di causa al Primo Presidente, affinché valuti l'opportunità di assegnare alle Sezioni Unite la risoluzione di un **contrasto interpretativo** registratosi, in seno alle sezioni semplici, circa la qualificazione del c.d. “*mutuo solutorio*”, stipulato per ripianare la pregressa esposizione debitoria del mutuatario verso il mutuante.

Allo stato, la questione vede, infatti, scontrarsi:

- un **primo orientamento** incline a ritenere che il mutuo solutorio non è nullo - in quanto non contrario né alla legge, né all'ordine pubblico - e non può essere qualificato come una mera dilazione del termine di pagamento del debito preesistente oppure quale *pactum de non petendo* in ragione della pretesa mancanza di un effettivo spostamento di denaro, poiché l'accredito in conto corrente delle somme erogate è sufficiente a integrare la *datio rei* giuridica propria del mutuo e il loro impiego per l'estinzione del debito già esistente purga il patrimonio del mutuatario di una posta negativa;
- un secondo indirizzo (minoritario) per il quale l'utilizzo di somme da parte di un istituto di credito per ripianare la pregressa esposizione debitoria del correntista costituisce un'**operazione meramente contabile** di dare e avere sul conto corrente, non qualificabile quale autonomo contratto di mutuo, il quale presuppone sempre l'avvenuta consegna del denaro dal mutuante al mutuatario; tale operazione determina di regola gli effetti del *pactum de non petendo ad tempus*, restando modificato soltanto il termine per l'adempimento, senza alcuna novazione dell'originaria obbligazione del correntista (Cass. 25 gennaio 2021, n.1517 e Cass. 5 agosto 2019, n.20896).

Per l'ordinanza in commento, le posizioni illustrate coinvolgono questioni di indubbio rilievo concettuale e pratico, tali da rendere opportuno l'**intervento nomofilattico** delle Sezioni Unite.

Le Sezioni Unite sciolgono il nodo del mutuo solutorio

Cass. Civ., **Sez. un.** 5 marzo 2025, n. 5841  [Download](#)

Il perfezionamento del contratto di mutuo, con la conseguente nascita dell'obbligo di restituzione a carico del mutuatario, si verifica nel momento in cui la somma mutuata, ancorché non consegnata materialmente, sia posta nella disponibilità giuridica del mutuatario medesimo, attraverso l'accredito su conto corrente, non rilevando in contrario che le somme stesse siano immediatamente destinate a ripianare pregresse esposizioni debitorie nei confronti della banca mutuante, costituendo tale destinazione frutto di atti dispositivi comunque distinti ed estranei alla fattispecie contrattuale. Anche ove si verifichi tale destinazione, il contratto di mutuo (c.d. mutuo solutorio), in presenza dei requisiti previsti dall'art. 474 cod. proc. civ., costituisce valido titolo esecutivo.

LA NOTA

1. Il mutuo solutorio è una particolare forma di mutuo in cui la somma concessa dal mutuante non viene fisicamente trasferita al mutuatario, ma è immediatamente utilizzata per estinguere un debito pregresso nei confronti dello stesso mutuante.

La questione risolta dalle sezioni Unite è se tale operazione possa essere considerata un vero e proprio contratto di mutuo o se si tratti solo di un meccanismo contabile senza effetti reali sul patrimonio del mutuatario. Sul punto si confrontano due orientamenti.

1.1. Il primo orientamento (tradizionale e prevalente): Sì al mutuo solutorio

Questo approccio, sostenuto dalla Cassazione in diverse sentenze, afferma che il mutuo solutorio è perfettamente valido e configura un vero e proprio contratto di mutuo.

Gli argomenti principali:

- Il mutuo solutorio non è nullo: non è contrario a norme di legge né all'ordine pubblico.
- Il perfezionamento avviene con l'accredito sul conto del mutuatario: non è necessaria una consegna fisica del denaro, ma è sufficiente che il mutuatario ne acquisisca la disponibilità giuridica.
- Il ripianamento del debito è una forma legittima di utilizzo del mutuo: la somma accreditata viene usata per sanare un debito preesistente, il che dimostra che il mutuatario ha effettivamente avuto accesso ai fondi.
- Non è una mera dilazione del debito: il mutuo solutorio non è un semplice rinvio del pagamento del debito originario (*pactum de non petendo*), ma un nuovo obbligo di restituzione con una propria autonomia.
- Il mutuo solutorio può essere titolo esecutivo: se il mutuatario non rimborsa il mutuo, la banca può agire esecutivamente sulla base del contratto.

Fondamento giuridico:

- Articolo 1813 c.c. (definizione del mutuo)
- Articoli 182-bis e 182-quater della legge fallimentare (prevedono il ricorso al credito per la ristrutturazione del debito)

1.2. Il secondo orientamento (minoritario) – Non è ammissibile il mutuo solutorio

Questo orientamento ritiene che il mutuo solutorio non possa essere considerato un vero mutuo, ma solo un'operazione contabile che non trasferisce realmente il denaro al mutuatario.

I principali argomenti contrari:

- Manca il passaggio effettivo del denaro: nel mutuo ipotecario, la somma deve essere realmente consegnata al mutuatario, cosa che non avviene nel mutuo solutorio.
- Si tratta solo di una modifica dell'obbligazione originaria: il mutuo solutorio non genera un nuovo debito, ma solo un'estensione dei termini di pagamento del debito preesistente.
- Il titolo esecutivo rimane il debito originario: non si può riconoscere al mutuo solutorio un valore autonomo ai fini dell'esecuzione forzata.
- Non si realizza una vera *traditio* (trasferimento di proprietà del denaro): il mutuatario non ottiene la possibilità di disporre liberamente delle somme, che vengono direttamente usate per estinguere il debito.

Fondamento giuridico:

- Articolo 1231 c.c. (modifica accessoria dell'obbligazione senza novazione)
- Articolo 1814 c.c. (necessità del trasferimento della proprietà delle somme nel mutuo)

2. La soluzione delle Sezioni Unite: il mutuo solutorio è valido

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno risolto il contrasto giurisprudenziale confermando il primo orientamento e riconoscendo la validità del mutuo solutorio.

Le motivazioni:

- La disponibilità giuridica del denaro è sufficiente: non è necessario un trasferimento fisico, basta che il mutuatario possa utilizzare la somma accreditata (anche se viene subito destinata a ripianare un debito).
- L'accredito sul conto perfeziona il contratto di mutuo: anche se l'operazione è immediatamente seguita dal pagamento del debito, il mutuatario ha comunque ricevuto le somme e assunto l'obbligo di restituirle.
- Il mutuo solutorio non è un'operazione fittizia: anche se si tratta di una registrazione contabile, essa riflette una reale variazione patrimoniale per il mutuatario.
- Non è necessaria una separazione temporale tra accredito e utilizzo: il fatto che le somme vengano subito usate per pagare un debito non significa che il mutuatario non le abbia ricevute.
- Non c'è nullità né frode automatica: il mutuo solutorio non è illecito di per sé, anche se può essere usato in modo fraudolento (ad esempio, per sottrarre risorse ai creditori).

3. Il mutuo solutorio nei mutui fondiari

Un altro aspetto importante trattato dalla sentenza riguarda i mutui fondiari, ovvero finanziamenti garantiti da ipoteca su immobili.

- Anche nei mutui fondiari, la destinazione delle somme al ripianamento di debiti pregressi non ne pregiudica la validità.
- Non si tratta di un mutuo di scopo (dove la destinazione del denaro è essenziale per la validità del contratto).
- L'eventuale mancata destinazione delle somme come indicato nel contratto non comporta nullità o risoluzione.

4. Possibili abusi e tutela dei creditori

La Cassazione riconosce che, in alcuni casi, il mutuo solutorio potrebbe essere usato per finalità abusive, come la sottrazione di beni ai creditori o il mascheramento di operazioni fraudolente.

Tuttavia:

- L'operazione non è automaticamente illecita: la validità del mutuo solutorio resta intatta. • I creditori hanno strumenti di tutela specifici, come:
 - o Azione revocatoria: per far dichiarare inefficaci le operazioni pregiudizievoli.
 - o Inefficacia delle garanzie concesse abusivamente (ad esempio, un'ipoteca su un mutuo solutorio concesso per coprire un debito pregresso potrebbe essere revocata).
 - o Eventuale responsabilità della banca, se ha concesso il mutuo con dolo o colpa grave.

5. Principi di diritto stabiliti dalla Cassazione

Le Sezioni Unite hanno, infine, enunciato i seguenti principi generali:

1. Il mutuo solutorio è un vero contratto di mutuo e si perfeziona con l'accredito sul conto corrente del mutuatario.
2. L'immediata destinazione delle somme a estinguere un debito pregresso non ne pregiudica la validità.
3. Il mutuo solutorio costituisce titolo esecutivo, se sussistono i requisiti dell'art. 474 c.p.c.

6. Conclusioni

- Il mutuo solutorio è legittimo e valido: non è solo un'operazione contabile, ma un vero mutuo che genera un obbligo di restituzione.
 - Non è nullo né inefficace solo perché le somme sono usate per ripianare debiti pregressi.
 - Gli abusi devono essere contestati con strumenti specifici, non con la nullità del contratto.
- In sintesi, la Cassazione ha ribadito che il mutuo solutorio è un'operazione lecita e giuridicamente valida, sebbene possa essere soggetta a contestazioni specifiche in caso di abusi.



Dopo il mutuo solutorio, anche il mutuo “condizionato” al vaglio delle sezioni unite

Prima Presidente della Corte di Cassazione decreto 10 ottobre 2024  [Download](#)

Va rimessa alle **Sezioni Unite** la seguente questione: “se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso che tale importo sia immediatamente ed integralmente restituito alla mutuante con l’intesa che esso sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni, la configurabilità a carico del medesimo mutuatario di una obbligazione attuale di restituzione della somma – per gli effetti di cui all’art. 474, comma I, c.p.c. – imponga inderogabilmente che l’importo erogato sia stato successivamente svincolato in favore del mutuatario ovvero se, al contrario, possano prospettarsi regolamenti contrattuali idonei a determinare l’insorgenza di un obbligo restitutorio

Conseguentemente, se, in presenza di accordo negoziale con cui una banca concede una **somma a mutuo effettivamente erogandola al mutuatario ma convenendo al tempo stesso** che tale importo sia **immediatamente ed integralmente restituito alla mutuante con l’intesa che esso sarà svincolato in favore del mutuatario solo al verificarsi di determinate condizioni**, il contratto così stipulato nella forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata **possa fungere da titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474, comma 2 n. 3, c.p.c. contro il mutuatario** solo allorché nelle medesime forme dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata sia attestato lo svincolo delle somme già mutate e ritrasferite alla mutuante ovvero se, al contrario, un siffatto contratto concluso nella forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa costituire titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474, comma 2 n. 3, c.p.c. **anche in assenza di attestazione dello svincolo** effettuata secondo le modalità previste da tale ultima disposizione, allorché il regolamento contrattuale sia idoneo a determinare l’insorgenza di un obbligo restitutorio caratterizzato da attualità anche prima del detto svincolo”.

L’orientamento prevalente è nel senso che “il contratto di mutuo stipulato nella forma dell’atto pubblico o della scrittura privata autenticata possa reputarsi da solo idoneo titolo esecutivo ai sensi dell’art. 474, comma 2 n. 3, c.p.c., sebbene all’erogazione iniziale del denaro al cliente abbiano fatto immediato seguito la sua restituzione alla banca e la sua costituzione in deposito destinato ad essere svincolato in favore del mutuatario al verificarsi di predeterminate condizioni”.

In **senso contrario**, si è recentemente espressa **Cass. n. 12007 /2024**, secondo cui la *traditio* della somma mutuata (rea lizzata con la disponibilità giuridica concessa al mutuatario) non determina ex se l’insorgenza dell’obbligazione restitutoria consacrata nell’atto pubblico: al l’immediata restituzione dell’importo alla banca finanziatrice (ad altro titolo e, cioè, per la costituzione del deposito) non può riconoscersi il significato di atto di disposizione della somma mutuata compiuto dal soggetto finanziato; anzi, per il complesso delle pattuizioni negoziali risultanti dall’atto pubblico, la **traditio della somma oggetto del finanziamento risulta soltanto apparente** e, invero, subordinata ad un vero e proprio successivo atto di erogazione da parte della banca, previo avveramento di alcune condizioni.

Parte della **dottrina** ha criticato la soluzione prospettata da Cass. n. 12007/2024, ritenendo corretta l’impostazione seguita dalla giurisprudenza precedente.

Si è, infatti, escluso, in forza della *ratio* evincibile dalla disciplina recata dagli artt. 1782 e 1834 e.e., “che la **somma consegnata dal cliente alla banca per la costituzione di deposito cauzionale** infruttifero **sia effettivamente divenuta di proprietà dell’istituto di credito**” e si è anche sostenuto – per giustificare “la qualificabilità del mutuo come titolo esecutivo anche in assenza di certificazioni dello svincolo delle somme effettuate nelle forme dell’atto pubblico o della scrittura privata” – che “**il diritto restitutorio dell’istituto di credito debba considerarsi immediatamente dotato del requisito della attualità**, anche in caso di costituzione del deposito cauzionale”. A tal riguardo, “il mutuo notarile attesterebbe la sussistenza di due obbligazioni: una gravante sul mutuatario, da ritenersi attuale, dal momento che la somma è stata erogata al medesimo e deve essere da costui restituita al fine di estinguere il debito contrattuale; l’altra gravante sull’istituto di credito depositario, da considerarsi non attuale, poiché subordinata al verificarsi delle condizioni del lo svincolo”.



Tratti caratterizzanti e rilevanza processuale della transazione novativa

Cass. Civ., Sez. III, sent., 6 novembre 2023, n. 30905  [Download](#)

La deduzione di una transazione novativa - salva l'ipotesi di sua conclusione in corso di causa, ex art. 1965 c.c. - costituisce eccezione in senso stretto, con la conseguente operatività del divieto di proposizione in appello ex art. 345 c.p.c., qualora la si qualifichi come tesa a paralizzare la pretesa della controparte e ad ottenere, quindi, una pronuncia di merito favorevole alla parte che la propone.



Assicurazione sulla responsabilità civile. Validità delle clausole "*on claims made basis*"

Cass.Civ., sez. III, ord. interl. n. 4294 del 16 febbraio 2024

(Ordinanza non disponibile perchè in fase di oscuramento)

La validità della clausola "claims made" nei contratti di assicurazione della responsabilità civile costituisce questione di particolare rilevanza giuridica che richiede una trattazione in pubblica udienza, dovendo essere valutata sia sotto il profilo del possibile contrasto con l'art. 1341 c.c., che vieta le clausole che impongono decadenze se non specificamente sottoscritte, sia rispetto all'art. 2965 c.c., che sanziona con la nullità le clausole che rendono eccessivamente difficile l'esercizio del diritto facendolo dipendere da condotte di terzi non prevedibili. La clausola "claims made basis", che subordina l'efficacia della garanzia assicurativa alla circostanza che la richiesta di risarcimento sia presentata dall'assicurato per la prima volta durante il periodo di validità della polizza in relazione a fatti verificatisi nel medesimo periodo, richiede un'attenta valutazione circa la sua compatibilità con i principi dell'ordinamento in materia di decadenze contrattuali e tutela del contraente debole. Tale valutazione deve essere condotta alla luce dei principi enunciati dalle Sezioni Unite nelle sentenze nn. 9140/2016 e 2437/2018, tenendo conto delle diverse interpretazioni fornite dalla giurisprudenza di legittimità successiva, che ha evidenziato possibili profili di criticità della clausola sia in relazione alla sua natura vessatoria ex art. 1341 c.c., sia rispetto alla sua idoneità a rendere eccessivamente gravoso l'esercizio dei diritti dell'assicurato, facendoli dipendere da circostanze sottratte al suo controllo come il momento della richiesta risarcitoria da parte del terzo danneggiato.



Le clausole *claims made* tra delimitazione dell'oggetto e adeguatezza della causa

Cass. Civ., Sez. III, ord. 2 febbraio 2024, n. 313 [Download](#)

Con l'ordinanza n. 3123 del 2 febbraio 2024, la Terza Sezione civile della Corte di cassazione è nuovamente intervenuta sul tema della validità della clausola "claims made", escludendo che la stessa integri una decadenza convenzionale, posto che la richiesta risarcitoria del danneggiato configura, invece, un fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato. In tale prospettiva, la clausola può ritenersi delimitativa dell'oggetto del contratto, perché si limita a specificare il rischio garantito. Date queste premesse, occorre pur sempre tenere presente che riveste un ruolo cruciale il test di adeguatezza - introdotto dalle Sezioni Unite nel 2018 - il quale impone un'analisi dell'assetto sinallagmatico del contratto assicurativo al fine di realizzare se, effettivamente, esso soddisfi lo scopo pratico perseguito dalle parti.

LA NOTA

Con ordinanza n. 3123 del 2 febbraio 2024, la terza sezione civile della Corte di Cassazione è intervenuta in tema di clausola *claims made*.

Secondo la più recente giurisprudenza (Cass. n. 12908/2022), in tema di assicurazione della responsabilità civile, la clausola "claims made" non integra una decadenza convenzionale, nulla ex art. 2965 c.c. nella misura in cui fa dipendere la perdita del diritto dalla scelta di un terzo, dal momento che la richiesta del danneggiato è fattore concorrente alla identificazione del rischio assicurato, consentendo pertanto di ricondurre tale tipologia di contratto al modello di assicurazione della responsabilità civile, nel contesto del più ampio "genus" dell'assicurazione contro i danni ex art. 1904 c.c., della cui causa indennitaria la clausola "claims made" è pienamente partecipe; tale pronuncia ha affermato che «trova, anzitutto, rilievo, di per sé dirimente, quanto espressamente statuito in medias res da Cass. civ., sez. un., n. 9140/2016, al § 6.2. della motivazione, che giova riportare integralmente: «Deve in ogni caso escludersi che la limitazione della copertura assicurativa alle "richieste di risarcimento presentate all'Assicurato, per la prima volta, durante il periodo di efficacia dell'assicurazione", in relazione a fatti commessi nel medesimo lasso temporale o anche in epoca antecedente, ma comunque non prima di tre anni dalla data del suo perfezionamento, integri una decadenza convenzionale, soggetta ai limiti inderogabilmente fissati nella norma codicistica di cui si assume la violazione. E invero l'istituto richiamato, implicando la perdita di un diritto per mancato esercizio dello stesso entro il periodo di tempo stabilito, va inequivocabilmente riferito a già esistenti situazioni soggettive attive nonché a condotte imposte, in vista del conseguimento di determinati risultati, a uno dei soggetti del rapporto nell'ambito del quale la decadenza è stata prevista. Invece la condizione racchiusa nella clausola in contestazione consente o preclude l'operatività della garanzia in dipendenza dell'iniziativa di un terzo estraneo al contratto, iniziativa che peraltro incide non sulla sorte di un già insorto diritto all'indennizzo, quanto piuttosto sulla nascita del diritto stesso. Ne deriva che non v'è spazio per una verifica di compatibilità della clausola con il disposto dell'art. 2965 c.c.».

Tale rilevata diversità di piani, non comunicanti tra loro, in cui si collocano, rispettivamente, la clausola *claims made* e la disciplina recata dalla norma dell'art. 2965 c.c. è riaffermata, sebbene in modo implicito, ma senza equivoci, dalla successiva sentenza n. 22437/2018, sempre delle Sezioni Unite, la quale ha evidenziato, in armonia con il precedente approdo nomofilattico, che l'anzidetta clausola si configura come delimitativa dell'oggetto del contratto, *«correlandosi l'insorgenza dell'indennizzo, e specularmente dell'obbligo di manleva, alla combinata ricorrenza della condotta del danneggiante (la vicenda storica determinativa delle "conseguenze patrimoniali" di cui "l'assicurato intende traslare il rischio": cioè, del "danno") e della richiesta del danneggiato»*.

La richiesta del danneggiato è, pertanto, fattore concorrente nella identificazione del rischio assicurato e in tal senso si viene a delineare l'appartenenza strutturale del "fenomeno claims" al modello di assicurazione della responsabilità civile (o sotto-tipo) di cui al comma 1 dell'art. 1917 c.c., *"nel contesto del più ampio genus dell'assicurazione contro i danni (art. 1904 c.c.), della cui causa indennitaria la clausola claims made è pienamente partecipe"*.

Ne consegue che non può essere affetta da nullità, ex art. 2965 c.c., la clausola claims made “perché fa dipendere la decadenza dalla scelta di un terzo”, giacché l’atteggiarsi della richiesta del terzo, quale evento futuro, imprevisto ed imprevedibile, è del tutto coerente con la struttura propria del contratto di assicurazione contro i danni (nel cui ambito, come detto, è da ricondursi la polizza con clausola claims made), in cui l’operatività della copertura deve dipendere da fatto non dell’assicurato.



Clausole che delimitano l'oggetto del contratto e clausole che limitano la responsabilità: l'assicurazione sulla vita

Cass. Civ., Sez. III, 11 gennaio 2024, n. 1261  [Download](#)

Nel contratto di assicurazione della vita la clausola che esclude la copertura per l'evento morte dovuto a determinate cause, preventivamente individuate, delimitando il rischio garantito, attiene all'oggetto del contratto, e non è una clausola limitativa della responsabilità, con la conseguenza che non deve essere specificamente approvata per iscritto ai sensi dell'art. 1341 c.c., e che non rientra nell'ambito della tutela del consumatore contro le clausole abusive, perché l'art. 34 del c.cons. esclude che la valutazione del carattere vessatorio della clausola possa essere riferita all'oggetto del contratto e all'adequatezza del corrispettivo.



Polizza postuma decennale: obblighi del costruttore e diritti dell'acquirente. Contratto di assicurazione per conto di chi spetta

Cass. Civ., Sez. III, 11 gennaio 2024, n. 1261 [Download](#)

La polizza assicurativa decennale “postuma” di cui all’art. 4 del d.lgs. n. 122 del 2005 (che il costruttore di un immobile da costruire ha l’obbligo di stipulare a beneficio dell’acquirente o promissario acquirente a copertura dei danni di cui sia tenuto sia responsabile ai sensi dell’art. 1669 cod. civ.) ha natura di assicurazione contro i danni per conto di chi spetta, in forza della quale è attribuita al terzo assicurato (e, di massima, non anche al contraente) la legittimazione a far valere i diritti derivanti dal contratto, pur non potendosi aprioristicamente escludere, avuto riguardo alla specifica fattispecie, la valida ed efficace attribuzione – da verificarsi di volta in volta da parte del giudice del merito, tenuto conto delle concrete determinazioni contrattuali – di una legittimazione concorrente in capo al contraente, in deroga al disposto dell’art. 1891, secondo comma, cod. civ..

In particolare, avuto riguardo alla ratio della disciplina legislativa e all’interesse superindividuale sotteso alla stipulazione (che si ripercuote sulla causa del contratto), le parti, nell’esercizio dell’autonomia contrattuale, possono prevedere una legittimazione concorrente del costruttore-contraente a far valere i diritti derivanti della polizza senza peraltro potere escludere la legittimazione, piena e primaria, dell’acquirente-assicurato.

LA NOTA

Con il **Decreto Legislativo n. 122 del 2005**, intitolato “Disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210”, ha introdotto una disciplina posta a tutela di tutti i promissari acquirenti, di chi abbia acquistato un immobile ancora da costruire, di chi abbia stipulato un contratto (compreso quello di leasing) che permetta il trasferimento della proprietà o della titolarità di un diritto reale di godimento sempre su in immobile da costruire. Detta “protezione” è prevista anche a favore di chi, pur non essendo socio, abbia assunto delle obbligazioni con una cooperativa edilizia per ottenere l’assegnazione, in proprietà, di un immobile da costruire.

Tra gli strumenti previsti dal decreto vi sono:

- L’obbligo, in capo al costruttore, di contrarre e consegnare all’acquirente una fideiussione di importo corrispondente alle somme rimosse, o che anche deve riscuotere dal promissario l’acquisto, prima del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento (art. 2 d.lgs. n.122/2005);
- Specifici contenuti obbligatori del contratto preliminare;
- Taluni limiti all’esperibilità dell’azione revocatoria fallimentare;
- L’istituzione di un Fondo di solidarietà per gli acquirenti di beni immobili da costruire che abbiano subito una perdita a seguito dell’assoggettamento del costruttore a procedure che implicano una situazione di crisi;
- Contratte una polizza assicurativa, denominata polizza postuma decennale, prescritta dall’art.4, comma I, del d.lgs. n.122/2005.

La **Corte di Cassazione**, con la sentenza n. 1909 del 27 gennaio 2025, ha chiarito aspetti fondamentali di questa polizza, specificando chi può far valere i diritti assicurativi e definendo la natura giuridica del contratto. Questa pronuncia rappresenta un importante punto di svolta per garantire maggiore certezza agli acquirenti e agli operatori del settore immobiliare.

Che cos’è la polizza postuma decennale?

La **polizza postuma decennale** è uno degli strumenti centrali previsti dal decreto legislativo n. 122/2005, per garantire la tutela patrimoniale degli acquirenti di immobili da costruire.

Si tratta di contratto di assicurazione che, a mente delle modifiche apportate al decreto legislativo n.122/2005 dal Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza (d.lgs. n.14 del 2019), deve seguire un modello

che possiamo definire standard e il cui contenuto è delineato dal Decreto del Ministero della Giustizia del 20 luglio 2022 n. 154 che ne ha previsto l'applicazione per tutte le polizze stipulate successivamente la sua entrata in vigore (ovvero a partire dal 5 novembre 2022) riservando, al costruttore, la facoltà di adeguare al modello standard quelle già stipulate.

Volendo essere più chiari, si tratta di un'assicurazione obbligatoria che il costruttore è tenuto a stipulare e consegnare all'acquirente al momento del trasferimento della proprietà o di altro diritto reale di godimento sull'immobile.

Questa polizza ha una durata di 10 anni dall'ultimazione dei lavori e copre i danni materiali e diretti all'immobile, inclusi quelli derivanti da:

- Rovina totale o parziale dell'immobile;
- Gravi difetti costruttivi legati al suolo o alla struttura;
- Danni a terzi per i quali il costruttore sia responsabile (ex art.1669 del Codice Civile).

La finalità dell'obbligo di stipulare la polizza è piuttosto chiara: garantire un'equa, adeguata ed effettiva protezione economica all'acquirente, soprattutto nei casi sempre più frequenti di insolvenza o di crisi dell'azienda costruttrice.

È importante sottolineare che, in caso di mancata consegna della polizza, l'acquirente ha i seguenti diritti:

- Recedere dal contratto preliminare
- Escutere la fideiussione prevista dallo stesso decreto, per ottenere la restituzione delle somme versate e dei relativi interessi.
- Opporre una causa di nullità relativa al contratto, che può essere fatta valere esclusivamente dall'acquirente.

La **polizza postuma decennale** è fuor di dubbio lo strumento di tutela previsto dal d.lgs. n.122/2005 più interessante e non solo per la sua natura, ma per l'oggetto della polizza stessa.

Si tratta di argomenti di grande importanza, poiché consentono di comprendere chi abbia la legittimazione ad azionare la tutela assicurativa e quali siano i confini di protezione dalla stessa traccia.

A tal proposito l'**articolo 4, comma I, d.lgs. n. 122 del 2005 dispone**: "Il costruttore è obbligato a contrarre ed a consegnare all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà a pena di nullità del contratto che può essere fatta valere solo dall'acquirente, una polizza assicurativa indennitaria decennale a beneficio dell'acquirente e con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti all'immobile, compresi danni a terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'articolo 1669 del codice civile, derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere, per vizio del suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatisi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione".

L'obbligazione del costruttore di stipulare la polizza assicurativa e di consegnarla all'acquirente trova fondamento nella ratio complessiva del decreto legislativo il quale, in conformità ai principi e ai criteri direttivi fissati dalla legge di delega n. 210 del 2004, art. 3, persegue l'obiettivo di realizzare "l'equa" e "adeguata" tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire integrandone le forme della sua effettività proprio in caso – divenuto, per la verità piuttosto frequente – delle sopravvenute situazioni di crisi o di insolvenza dell'impresa.

Si tratta di previsione di grande rilievo. Basti pensare che, in caso di inadempimento, da parte del costruttore, dell'obbligo di stipulare la polizza assicurativa all'acquirente, questi può recedere dal contratto preliminare ed escutere la fideiussione diretta a garantire la restituzione delle somme e del valore di ogni altro eventuale corrispettivo effettivamente riscosso oltre agli interessi legali maturati fino al momento in cui si è verificata l'inadempimento.

Oltre a ciò, la mancata stipula viene considerata come un "vizio genetico" dell'atto traslativo e ne determina addirittura la nullità relativa, in quanto azionabile dal solo acquirente.

L'articolo 4, comma I, del d.lgs. n. 222 del 2005 presenta una formulazione ambigua, che ha indotto parte della dottrina a ritenere che il legislatore avesse riservato, all'autonomia delle parti, la scelta circa la tipologia contrattuale da adottare nella fattispecie concreta potendosi, così, configurare sia come assicurazione del costruttore per responsabilità civile sia come assicurazione a favore di terzo, in cui la posizione di terzo è assunta, naturalmente, dall'acquirente.

È però evidente che, attribuire a detta assicurazione una natura piuttosto che un'altra, ha delle ripercussioni di non poco conto anche sulla legittimazione ad agire in caso di danni.

Gli obblighi del costruttore e le conseguenze della mancata polizza

Il decreto legislativo n.122/2005 stabilisce che il costruttore è obbligato a consegnare all'acquirente la polizza postuma decennale al momento del trasferimento della proprietà.

Questo obbligo è fondamentale per garantire la sicurezza patrimoniale dell'acquirente, in quanto offre una protezione contro eventuali danni gravi all'immobile che possano manifestarsi dopo l'acquisto.

La mancata stipula e consegna della polizza comporta conseguenze importanti per il costruttore, tra cui:

- Nullità relativa del contratto di compravendita. La nullità del contratto può essere fatta valere esclusivamente dall'acquirente.
- Diritto di recedere preliminare. L'acquirente può decidere di recedere dal contratto e ottenere la restituzione delle somme versate.
- Escussione della fideiussione

L'acquirente può attivare la garanzia fideiussoria per recuperare le somme anticipate, inclusi eventuali interessi maturati.

Le novità introdotte dalla sentenza della Cassazione n. 1909/2025

A far chiarezza sulla questione è intervenuta, con una recente pronuncia (la prima sull'argomento) la Suprema Corte di Cassazione che, con la sentenza n. 1909 del 27 gennaio 2025, ha sancito che la natura di suddetta polizza sia proprio quella dell'assicurazione contro i danni per conto altrui o di chi li spetta (art. 1891 c.c.), sebbene con elementi di peculiarità rispetto a quelli indicati nella disciplina.

Cosa cambia con questa sentenza?

La pronuncia della Cassazione introduce alcuni principi chiave:

- L'acquirente è il soggetto primario tutelato dalla polizza e ha il diritto pieno e diretto di far valere la garanzia assicurativa.
- Il costruttore, pur essendo contraente della polizza, non può escludere il diritto dell'acquirente ad agire nei confronti della compagnia assicurativa.
- Le parti possono prevedere una legittimazione concorrente del costruttore, ma senza mai limitare i diritti dell'acquirente.

Quanto all'**oggetto della copertura assicurativa**, esso è limitato ai pregiudizi materiali e diretti all'immobile, nonché ai danni ai terzi, di cui il costruttore sia responsabile (ex art.1669 c.c.).

L'operatività della garanzia, quindi, presuppone l'irrinunciabile accertamento delle responsabilità a tale specifico titolo, restando del tutto inefficace qualora il costruttore sia ritenuto responsabile (ex art.2043 c.c.).

Infatti, se si ipotizzasse una copertura assicurativa anche per le ipotesi (ex art.2043), la polizza decennale postuma sarebbe considerata come responsabilità civile. Questa situazione sarebbe in palese violazione dello spirito ispiratore della disciplina contenuta nel d-lgs. n.122/2005 e, con essa, dell'esigenza di scongiurare che le vicende del costruttore possano pregiudicare i diritti del promissario l'acquisto.

La polizza postuma decennale è una garanzia essenziale per chi acquista un immobile da costruire.

La sentenza della Corte di Cassazione n. 1909/2005 ha fatto chiarezza su un aspetto fondamentale: la polizza è un'assicurazione contro i danni per conto dell'acquirente, il quale ha diritto pieno e diretto di far valere la copertura assicurativa.

In ultima analisi, **chi acquista un immobile deve:**

- Verificare sempre che la polizza sia presente e conforme alla normativa prima della firma del rogito.
- Essere consapevole dei propri diritti, sapendo di poter agire direttamente sull'assicurazione in caso di problemi.
- Affidarsi a professionisti qualificati e competenti.



Il recesso del committente dal contratto di appalto: responsabilità (anche solidale) per inadempimento dell'appaltatore e del direttore dei lavori in corso d'opera

Cass. Civ., Sez. II sez., 8.1.2024, n. 421 [Download](#)

In tema di appalto, qualora il committente eserciti il diritto unilaterale di recesso ex art. 1671 c.c., non è preclusa la sua facoltà di invocare la restituzione degli acconti versati e il risarcimento dei danni subiti per condotte di inadempimento verificatesi in corso d'opera e addebitabili all'appaltatore e, in tale evenienza, la contestazione di difformità e vizi, in ordine alla parte di opera non eseguita, non ricade nella disciplina della garanzia per i vizi, che esige necessariamente il totale compimento dell'opera (massima ufficiale).

All'esito dell'accertamento della responsabilità professionale del direttore dei lavori per omessa vigilanza sull'attuazione dei lavori appaltati, questi risponde, in solido, con l'appaltatore dei danni subiti dal committente, ove i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dall'appaltante (massima ufficiale).

LA NOTA

Fatto. Con la sentenza in epigrafe la Suprema Corte si è pronunciata in ordine ad una controversia che trae le sue origini da un contratto di appalto, sottoscritto tra la Alfa S.r.l. in qualità di appaltatrice e la Sig.ra Tizia in qualità di committente, avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di ristrutturazione su un immobile di proprietà di quest'ultima.

La Alfa S.r.l. aveva adito l'autorità giudiziaria al fine di far accertare l'intervenuto scioglimento del contratto di appalto a seguito dell'esercizio del diritto di recesso della committente, l'inadempimento di quest'ultima in ordine all'obbligazione indennitaria in favore dell'appaltatrice per avergli impedito di completare l'esecuzione dell'opera appaltata e la conseguente condanna di Tizia al pagamento delle somme dovute, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

Tizia, costituitasi in giudizio, nel contestare la fondatezza delle pretese attoree, reclamava l'accertamento dell'inadempimento dell'appaltatrice al contratto di appalto per la cattiva esecuzione di una parte delle opere eseguite commissionate, e domandava, in via riconvenzionale, la risoluzione del contratto di appalto per colpa dell'appaltatore e l'accertamento della concorrente responsabilità di Caio, terzo chiamato in causa dalla convenuta, in qualità di progettista e direttore dei lavori incaricato, per tutti i vizi e i nocuenti dalla committente patiti e, per l'effetto, la condanna in solido della Alfa S.r.l. e di Caio alla restituzione delle somme che aveva già versate a titolo di acconto all'appaltatrice, nonché al risarcimento di tutti i danni subiti; in subordine, Tizia chiedeva di essere manlevata dal direttore dei lavori in caso di soccombenza nei confronti della società Alfa.

Il Tribunale adito, accogliendo in parte le domande avanzate dalla società attrice, accertava l'intervenuto scioglimento del contratto di appalto a seguito del recesso esercitato dalla committente e condannava quest'ultima al pagamento delle somme per le lavorazioni eseguite e non ancora saldate in favore dell'appaltatrice, per un ammontare, tuttavia, inferiore a quello originariamente domandato.

Le domande riconvenzionali avanzate dalla committente convenuta, di converso, venivano rigettate sul presupposto che un'indagine sull'importanza e sulla gravità dell'inadempimento si sarebbe rivelata superflua, attesa l'impossibilità di poter ottenere una pronuncia di risoluzione di un contratto ormai non più esistente; oltretutto, in riferimento alla domanda risarcitoria di Tizia, il giudice di prime cure, nel condividere le difese attoree, ha dichiarato prescritta l'azione di garanzia della committente per i vizi e le difformità dell'opera.

Parimenti, anche la domanda avanzata dalla convenuta nei confronti del terzo chiamato in causa Caio, non trovava accoglimento, dal momento che, per l'attività di progettazione non erano emerse risultanze probatorie sufficienti per ritenere che quest'ultimo fosse stato effettivamente incaricato dell'espletamento

della stessa, mentre per l'attività di direzione dei lavori, sebbene il ruolo risultasse espressamente accettato da Caio, il Tribunale, in ragione dell'intervenuta prescrizione dell'azione di garanzia ex art. 1667 e 1668 c.c., escludeva di poter indagare sulla corresponsabilità solidale di quest'ultimo.

Agli occhi del giudice romano, appariva altresì priva di fondamento anche la richiesta di manleva della committente nei confronti di Caio in quanto eccessivamente generica.

La decisione del Tribunale veniva impugnata dalla Sig.ra Tizia dinanzi alla Corte d'appello di Roma che, accogliendo in parte il gravame, diminuiva l'ammontare della somma dovuta dall'appellante in favore della Alfa S.r.l., detraendo dall'importo prestabilito le somme spettanti alla committente per l'imperizia di cui si era resa responsabile la ditta appaltatrice. In riferimento alla domanda di restituzione delle somme versate alla società Alfa dalla committente, la Corte di merito precisava che, a seguito dell'apprestata acquiescenza di quest'ultima sul rigetto della domanda di risoluzione del contratto di appalto, tale domanda risultava inammissibile, dal momento che l'obbligo di restituzione potrebbe trarre origine unicamente dalla risoluzione del contratto stesso. Oltretutto, per quanto riguarda la pretesa risarcitoria riproposta da Tizia, l'autorità giudicante riqualeficava d'ufficio la domanda di risoluzione del contratto, convertendola in eccezione difensiva destinata a paralizzare la pretesa di pagamento dell'indennità in favore dell'appaltatrice, purtuttavia assoggettandola ugualmente alla disciplina della garanzia per vizi e difformità di cui all'ultimo comma dell'art. 1667 c.c. confermando l'applicabilità del regime prescrizione speciale. Per quanto concerne il capo di impugnazione avente ad oggetto la responsabilità di Caio, quale direttore dei lavori, la Corte ne confermava l'inammissibilità e l'infondatezza.

Avverso tale decisione proponeva ricorso per cassazione la Sig.ra Tizia sollevando dodici motivi di impugnazione, di cui hanno trovato accoglimento i primi quattro – trattati congiuntamente per ragioni di connessione logica e giuridica –, l'ottavo, il nono ed il decimo – anche questi unitamente trattati – con contestuale assorbimento di tutti gli altri motivi in ragione della fondatezza delle rimozioni accolte.

Questioni. La sentenza in esame affronta due tematiche rilevanti in riferimento alle quali gli Ermellini hanno enunciato rispettivamente due principi di diritto ai quali la Corte d'appello di Roma, in sede di rinvio, dovrà uniformarsi per ridefinire l'esito della questione.

A) Con i primi quattro motivi di impugnazione accolti, la Suprema Corte, chiarito il rapporto tra la domanda di risoluzione del contratto e la domanda di accertamento del legittimo esercizio del diritto di recesso, ha specificato che, appurato lo scioglimento del contratto per intervenuto recesso unilaterale della committente ex art. 1671 c.c., non sussistono ragioni ostative ad un esame nel merito delle domande restitutorie e risarcitorie. In particolare, per quanto attiene l'istanza restitutoria avanzata dalla ricorrente avente ad oggetto gli acconti già versati in favore dell'appaltatrice e la domanda di risarcimento dei danni nei confronti di quest'ultima, per inadempienze pregresse (anche se scaturenti da difformità o vizi dell'opera) intercorse già al momento del recesso, a mente della Corte di legittimità, non sorge alcun tipo di incompatibilità tra l'esercizio del recesso e le predette domande, anzi, queste ultime dovrebbero essere tenute in considerazione ai fini della liquidazione dell'indennizzo spettante all'appaltatrice.

Inoltre, al riguardo, la Corte ha altresì chiarito che le domande restitutorie e risarcitorie non dovevano essere sussunte sotto il regime prescrizione e decadenziale speciale ex art. 1667 c.c. – poiché la garanzia speciale dettata in tema di appalto non trova applicazione in caso di mancata ultimazione dei lavori, benché la parte eseguita risulti difforme o viziata –, difatti, il giudice di merito, di converso, avrebbe dovuto far riferimento alle regole generali in materia di inadempimento contrattuale ed al regime prescrizione ordinario ex art. 2946 c.c..

B) Con l'accoglimento dell'ottava, nona e decima censura, la Corte di cassazione, dando seguito ad una giurisprudenza ampiamente consolidata in materia, ha ribadito ruolo e responsabilità del direttore dei lavori; nel dettaglio, la Suprema Corte ha precisato che quest'ultimo ha il dovere di vigilare affinché l'opera venga eseguita dall'appaltatore in maniera conforme al regolamento contrattuale, al capitolato ed alle regole della buona tecnica e che tale controllo deve interessare tutto il corso delle opere medesime, e non esclusivamente la fase successiva all'ultimazione dei lavori. Sicché in ordine ai profili di responsabilità del direttore lavori, in caso di vizi o difformità dell'opera appaltata, sebbene egli sia chiamato a prestare per conto del committente un'opera professionale in esecuzione di un'obbligazione di mezzi, egli deve comunque svolgere le proprie attività impiegando le proprie peculiari competenze tecniche e le proprie risorse intellettive ed operative per assicurare, relativamente all'opera in corso di realizzazione, il risultato che il committente si aspetta di conseguire; ne discende, pertanto, che il suo comportamento dovrebbe essere valutato non con riferimento al normale concetto di diligenza, ma alla stregua della *diligentia quam in*

concreto. Per l'effetto, a mente del giudicante, il professionista non può sottrarsi a responsabilità qualora ometta di vigilare e impartire le opportune disposizioni finalizzata a garantire la realizzazione dell'opera senza difetti costruttivi. Tale obbligo, d'altronde, è soddisfatto solo nel caso in cui il professionista abbia verificato, attraverso periodiche visite e contatti diretti con gli organi tecnici dell'impresa, la realizzazione delle opere per ciascuna fase, avendo cura di verificare che siano state osservate le regole dell'arte e la corrispondenza dei materiali impiegati.

Al riguardo, la Corte ha approfondito anche il tema della responsabilità solidale, ex art. 2055 c.c., fra appaltatore e direttore dei lavori, statuendone la sussistenza nel caso in cui i rispettivi inadempimenti abbiano concorso in modo efficiente a produrre il danno risentito dalla committente, e ciò indipendentemente dalla compensazione del credito indennitario dell'appaltatore con il credito vantato dalla committente a titolo restitutorio e/o risarcitorio.



Vendita di *aliud pro alio*: natura, funzione e regime giuridico

Cass. civ., Sez. II, 14 maggio 2024, n. 13214



In tema di vendita, sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c. e di risarcimento del danno, qualora il bene consegnato sia completamente eterogeneo rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza che aveva ritenuto integrata la consegna di *aliud pro alio* in relazione ad una fornitura di calcestruzzo in considerazione della sola minore resistenza rispetto a quello commissionato, pur non emergendo dalla motivazione il grado di incidenza della predetta minore resistenza sulla capacità del bene fornito di assolvere alle sue funzioni).

LA NOTA

La Suprema **Corte di Cassazione**, con la **Sentenza n. 13214 del 14 maggio 2024** ha affermato che sussiste la vendita di ***aliud pro alio*** (che dà luogo ad un'ordinaria azione di risoluzione contrattuale, svincolata dai termini e condizioni di cui all'art. 1495 c.c.) quando la **causa concreta** che aveva giustificato l'atto traslativo **non sia realizzabile** in modo **irrimediabile**, pregiudicando la stessa identità della cosa acquistata, con la conseguenza che la res promessa si riveli funzionalmente **del tutto inidonea ad assolvere allo scopo economico-sociale** per il quale era stata commissionata.

Il caso e la decisione di merito

Tra due società intercorreva una **fornitura di calcestruzzo** per la realizzazione del massetto di sostegno del pavimento di uno stabilimento industriale. Tuttavia, il calcestruzzo si dimostrava **inidoneo all'utilizzo** previsto, in quanto non sufficientemente resistente, determinando l'insorgenza di fratture sulla pavimentazione.

In seguito all'espletamento di **consulenza tecnica d'ufficio** risultava che il calcestruzzo compravenduto non corrispondeva per caratteristiche a quello commissionato (classe RCK 250), essendo di classe RCK 200 e, quindi con minor capacità di resistenza e, pertanto, inidoneo all'uso convenuto.

A fronte di quanto precede le corti di merito hanno riconosciuto che l'inadempimento di parte venditrice integrasse la vendita di *aliud pro alio* con conseguente diritto dell'acquirente di agire per la **risoluzione del contratto** ex art. 1453 c.c., con **svincolo dagli stringenti termini di prescrizione e decadenza** imposti dall'art. 1495 c.c. per la contestazione di vizi della cosa compravenduta.

Il giudizio della Cassazione

La corte di legittimità – adita in relazione ai presupposti per la configurazione della fattispecie dell'*aliud pro alio* – ha affermato che “ sussiste consegna di *aliud pro alio*, che dà luogo all'azione contrattuale di risoluzione ai sensi dell'art. 1453 c.c., qualora il bene consegnato sia **completamente eterogeneo** rispetto a quello pattuito, per natura, individualità, consistenza e destinazione, cosicché, appartenendo ad un genere diverso, si riveli funzionalmente **del tutto inidoneo ad assolvere allo scopo economico-sociale** della res promessa e, quindi, a fornire l'utilità presagita”.

Viceversa – i.e. in caso di mera carenza di requisiti sanabili, non costituenti un elemento di identificazione del bene e senza un definitivo pregiudizio della idoneità rispetto alla categoria di merce cui il compratore intendeva destinare la cosa – si fuoriesce da tale categoria giuridica e si rientra piuttosto nella fattispecie di **vizi redibitori**, oppure in quella della mancanza di **qualità essenziali**. Queste ultime fattispecie sono soggette ai termini previsti dall'art. 1495 c.c. i) per la denuncia dei vizi – di 8 giorni dalla scoperta, salvo diverso termine previsto dalle parti o dalla legge; ii) prescrizione per l'avvio dell'azione – di un anno dalla consegna.

L'azione di risoluzione per vendita dell'*aliud pro alio* non è soggetta a tali termini e ciò pone il contraente adempiente in una posizione nettamente più favorevole rispetto a chi agisce nell'ambito delle fattispecie da ultimo ricordate. Spesso accade, infatti, che l'acquirente si avveda di problemi con forte connotazione tecnica ben oltre l'anno della consegna o che debba dimostrare che si trattava di vizi occulti e la data di scoperta per superare l'eccezione di decadenza spesso sollevata dal venditore.

Nel caso di specie la Cassazione rileva che dalla decisione impugnata risulta la scarsa resistenza del calcestruzzo rispetto alle caratteristiche richieste dall'acquirente, senza che, tuttavia, emerga una deficienza strutturale del bene tale da pregiudicarne l'appartenenza al genus; pertanto, cassa la decisione di appello con rinvio, affinché venga approfondita l'incidenza della minore resistenza evocata del calcestruzzo rispetto alla possibilità di assolvere alle sue funzioni.



Vendita a catena, appalto e subappalto: regime delle difformità

Cass. civ., Sez. II, 17 maggio 2024, n. 13782



In ipotesi di vendita a catena, a prescindere dalla applicabilità o meno della disciplina consumeristica, il primo venditore (ovvero un suo incaricato) è tenuto a denunciare tempestivamente al secondo venditore i vizi o le difformità dell'opera a lui contestati dal primo compratore senza che tale denuncia possa provenire aliunde, come, ad esempio dal medesimo primo compratore, poiché i rapporti di compravendita sono autonomi e la detta comunicazione ha natura comunicativa o partecipativa, imponendo che la fonte della dichiarazione - così come il destinatario - si identifichino con il soggetto sulle cui sfere giuridiche gli effetti legali, impeditivi della decadenza, sono destinati a prodursi.

LA NOTA

Questo il principio espresso dalla seconda sezione civile della Corte di Cassazione, con ordinanza n. 13782 del 17 maggio 2024, nell'ambito del giudizio di legittimità avente ad oggetto la denuncia di **vizi** riscontrati su un **macchinario robotizzato**, acquistato attraverso un contratto di *leasing* finanziario. Il compratore aveva convenuto in giudizio il venditore e la società che si era interposta con un **contratto di leasing**, lamentando **difetti del bene** e chiedendo la riduzione del prezzo di acquisto, oltre alla condanna delle convenute, in solido, al **risarcimento del danno**. La venditrice si era costituita negando ogni responsabilità e chiedendo di estendere il contraddittorio alla società produttrice del macchinario, essendosi limitata alla sola commercializzazione. La società di *leasing*, a propria volta, negava gli addebiti ed affermava di essere estranea ad ogni rischio, avendo semplicemente fornito la liquidità necessaria per la commessa.

Chiamata in causa la ditta realizzatrice del bene, questa si difendeva affermando che il macchinario non presentava difetti ma era l'acquirente a pretendere che fosse dotato di altre e diverse capacità che non appartenevano a quello strumento.

Eccepiva, inoltre, l'intervenuta decadenza dalla garanzia e la prescrizione del diritto al risarcimento.

All'esito del giudizio di primo grado, il Tribunale accoglieva parzialmente le domande dell'attore ma la sentenza veniva impugnata innanzi alla Corte di appello di Brescia. Il gravame conduceva ad un diverso esito giacché il Collegio accoglieva l'eccezione di decadenza dalla garanzia dei vizi sollevata dalla produttrice e rigettava la domanda di manleva. Affermava, inoltre, che non si riversava in **ipotesi di vendita a catena**, posto che l'acquirente non poteva essere qualificato come consumatore e precisava che il venditore aveva ricevuto la denuncia dei vizi in data 17.6.2008 ma non lo aveva, a propria volta, comunicato alla ditta produttrice del macchinario, nei successivi 8 giorni.

Avverso tale decisione ha interposto **ricorso in Cassazione** la venditrice, affidandosi a 3 motivi di diritto, tutti rigettati dalla Suprema Corte. In particolare, **con il primo motivo** è stata denunciata la violazione degli artt. 112 e 345 c.p.c. e lamentata la **tardività dell'eccezione di decadenza**, sollevata dal produttore soltanto in appello. La Corte, tuttavia, ha disatteso la richiesta, evidenziando che la domanda era stata avanzata nei termini e, a confutazione di ciò, ha testualmente riportato i passaggi degli atti di primo grado in cui l'eccezione era contenuta.

Con il secondo motivo è stata lamentata la violazione e falsa applicazione degli artt. 112 e 345 c.p.c. e 2697 c.c. in ordine alla tempestività della denuncia. Anche su tale questione il Collegio ha ritenuto che non fosse stata fornita **prova** di aver denunciato i **vizi** nei termini, dunque, la sentenza gravata era esente da errore. Del pari è stata ritenuta infondata l'**ultimo motivo di ricorso**, che denunciava la violazione dell'art. 1495 c.c. poiché la vicenda poteva essere assimilata alla c.d. **vendita a catena**, ove il venditore/fornitore può essere equiparato alla figura dell'appaltatore, quella del secondo venditore/produttore al subappaltatore e quella del committente al primo compratore. Posto che l'appaltatore è tenuto a denunciare tempestivamente al subappaltatore, i vizi a lui contestati dal committente, la denuncia effettuata da quest'ultimo direttamente al subappaltatore non è idonea a raggiungere il medesimo scopo di quella effettuata dall'appaltatore, ai sensi dell'art. 1670 c.c., non potendo essa provenire *aliunde*. Ciò perché i rapporti di appalto e di subappalto sono autonomi e la richiamata comunicazione ha natura partecipativa,

ovvero, deve consentire l'identificazione sia del destinatario, che di colui che la effettua ed entrambi devono identificarsi con i soggetti sulle cui sfere giuridiche sono destinati a prodursi gli effetti legali della missiva, impeditivi della decadenza. Tale principio, a parere della Corte, trova applicazione anche in **ipotesi di vendita a catena**, a prescindere dall'applicabilità, o meno, della disciplina consumeristica. Per tali ragioni la Corte ha rigettato il ricorso e condannato la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore della controparte.

Ordinanza

La vicenda venuta all'esame di legittimità può riassumersi nei termini di cui appresso.

1. R. s.n.c. chiamò in giudizio T. s.r.l., dalla quale aveva comprato un'"isola robotizzata", nonché la s.p.a. U., che si era interposta con un contratto di *leasing*, denunciando gravi vizi riscontrati nel macchinario e, di conseguenza, chiedendo che il prezzo da 144.000 euro fosse ridotto a 89.000 euro, condannandosi, inoltre le convenute a risarcire il danno, quantificato in 120.000 euro. La T., negata ogni sua responsabilità, essendosi limitata a fornire il macchinario robotizzato, prodotto da A. s.r.l., sulla base delle specifiche tecniche richieste dalla compratrice, chiese chiamarsi in giudizio la società produttrice, perché la manlevasse. La U. si difese asserendo di essersi limitata, in forza di un contratto di *leasing* finanziario, a fornire la liquidità necessaria per la commessa, rimanendo ogni rischio a carico dell'utilizzatore. La chiamata si difese asserendo che l'acquirente non aveva richiesto la fornitura di un macchinario avente caratteristiche speciali o comunque individualizzate e che le prestazioni dall'apparecchiatura non presentavano difetti, ma, ben diversamente, l'acquirente pretendeva un macchinario che fosse dotato di altre e diverse capacità. Eccepi, inoltre l'intervenuta decadenza dalla garanzia e la prescrizione del diritto e, in via riconvenzionale, chiese gli fosse rimborsata la somma di € 995,53 euro per gli interventi eseguiti dopo il collaudo.
2. Il Tribunale condannò la venditrice T. a restituire alla compratrice R., a titolo di riduzione del prezzo, la somma di 26.000 euro, nonché a risarcire il danno a questa procurato, quantificato in 10.000 euro. Infine condannò la chiamata A. a tenere indenne la T. da quanto costei fosse stata costretta a sborsare in virtù della condanna.
3. La Corte d'appello di Brescia, in parziale riforma della sentenza di primo grado, accolta l'eccezione di decadenza dalla garanzia dei vizi sollevata da A., rigettò la domanda di manleva.
4. La diversità di decisione tra l'epilogo di primo grado e quello di secondo consiglia, sia pure in breve, di riportare gli argomenti fondanti la sentenza d'appello. - Doveva escludersi versarsi nella fattispecie della "vendita a catena", disciplinata dal codice del consumo, non potendosi qualificare consumatore l'acquirente. - La T. aveva avuto conoscenza dei vizi attraverso la denuncia della R. del 17/6/2008 e non aveva rispettato il termine decadenziale di otto giorni, previsto dall'art. 1495 cod. civ., per denunciare, a sua volta, i vizi alla A., stante che la missiva del procuratore della prima era giunta alla seconda il 4/7/2008, quindi diciassette giorni dopo. Né la T., che pure ne aveva l'onere, aveva dimostrato il contrario. - Andava escluso che vi fosse stato riconoscimento dei vizi, tenuto conto che il Tribunale aveva condannato la R. a pagare alla A. il corrispettivo degli interventi effettuati, proprio perché gli stessi non avevano avuto la finalità di rimediare a vizi del macchinario riconosciuti dal costruttore.
5. T. s.r.l. ricorre avverso la decisione d'appello sulla base di tre motivi, ulteriormente illustrati da memoria, e A. resiste con controricorso.
6. Con il primo motivo la ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 345 cod. proc. civ., con procurata nullità della sentenza. Si espone che la Corte di Brescia, incorrendo in errore, aveva deciso la causa affermando la fondatezza dell'eccezione di decadenza sollevata da A. per la prima volta solo in appello. Quest'ultima, infatti, nel giudizio di primo grado, precisa la ricorrente, aveva sollevato l'anzidetta eccezione nei soli confronti di R..
7. Il motivo merita rigetto. La controricorrente nega di aver limitato l'eccezione nei termini indicati dalla ricorrente e, a tal fine, riporta le proprie conclusioni in primo grado, nelle quali è dato leggere "(...) o per intervenuta decadenza nella denuncia dei vizi o per intervenuta decadenza annuale (...)", senza apporre limitazione soggettiva alcuna. Lo stralcio sopra trascritto è esattamente conforme alla precisazione delle conclusioni trascritte nella sentenza di primo grado (è appena il caso di precisare che la natura della questione posta col motivo in rassegna fa della Corte giudice del merito processuale, con accesso diretto agli atti – cfr., *ex multis*, da ultimo Cass. n. 16028/2023). Alla luce del contenuto di esse precisazioni la tesi esposta col motivo è priva di fondamento, avendo assegnato all'espressione un contenuto d'esclusione del tutto assente.

8. Con il secondo motivo viene lamentata la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 112 e 345 cod. proc. civ. e 2697 cod. civ., per avere la sentenza d'appello erroneamente addebitato a T. di non avere provato la tempestività della denuncia dei vizi, prova che, secondo la ricorrente, non avrebbe dovuto dalla medesima essere data, poiché la decadenza non era stata eccepita nei di lei confronti. È pienamente confermato dall'esposizione del motivo in rassegna che la ricorrente non aveva affatto provato di avere tempestivamente denunciato i vizi, reputando che l'eccezione non era stata proposta nei di lei confronti (cfr. pag. 15 del ricorso). Ciò posto e tenuto conto del rigetto del primo motivo, anche il secondo deve seguire lo stesso destino.

9. Con il terzo motivo viene denunciata violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1495 cod. civ. Si assume che la Corte locale, riformando erroneamente sul punto la sentenza di primo grado, aveva computato il termine decadenziale dal momento in cui il vizio era stato segnalato dal compratore finale alla esponente a quello in cui, quest'ultima, attraverso il proprio legale, aveva riportato la segnalazione all'azienda produttrice. In ogni caso, soggiunge la ricorrente, A. era stata messa tempestivamente a conoscenza dei vizi dalla nota dell'avvocato della R. del 17/6/2008 e quest'ultima aveva risposto con un fax del 4/7/2008 in modo dettagliato alle contestazioni.

9.1. Il motivo è infondato. Della questione questa Corte si è occupata a proposito dei rapporti tra committente – appaltante – subappaltante. Gli argomenti spesi possono essere traslati a riguardo dei rapporti compratore – primo venditore/fornitore – secondo venditore/produttore (l'affermazione della Corte d'appello, la quale ha escluso potersi discorrere di vendita a catena per il fatto che l'acquirente finale non era un consumatore, non sposta i termini della vicenda, esclusa la disciplina della tutela consumeristica – punto non controverso –, resta il fatto che si trattò del fenomeno di due vendite concatenate), avendo cura di assimilare, al solo fine che qui rileva, la figura dell'appaltatore a quella del primo venditore/fornitore, quella del subappaltatore al secondo venditore/produttore e quella del committente a quella del primo compratore. Si è affermato che l'appaltatore è tenuto a denunciare tempestivamente al subappaltatore i vizi o le difformità dell'opera a lui contestati dal committente e, prima della formale denuncia di quest'ultimo, non ha interesse ad agire in regresso nei confronti del subappaltatore, atteso che il committente potrebbe accettare l'opera nonostante i vizi palesi, non denunciare mai i vizi occulti oppure denunciarli tardivamente. La denuncia effettuata dal committente direttamente al subappaltatore non è idonea a raggiungere il medesimo scopo di quella effettuata dall'appaltatore ai sensi dell'art. 1670 c.c., dovendo tale comunicazione provenire dall'appaltatore o da suo incaricato e non già "aliunde" come, ad esempio, dal committente-appaltante principale, poiché i rapporti di appalto e di subappalto sono autonomi e la detta comunicazione ha natura comunicativa o partecipativa la quale impone, in base agli artt. 1669 e 1670 c.c., che non solo il destinatario, ma anche la fonte della dichiarazione si identifichino con i soggetti sulle cui sfere giuridiche gli effetti legali, impeditivi della decadenza, sono destinati a prodursi (Sez. 2, n. 24717, 08/10/2018, Rv. 650661 – 01). Con la decisione di cui sopra è stata riportata la massima, la Corte andò in consapevole contrasto con altra e precedente giurisprudenza, secondo la quale la denuncia effettuata dal committente direttamente al subappaltatore, consentendo a quest'ultimo di eliminare tempestivamente i vizi o di contestarli, è idonea a raggiungere il medesimo scopo della denuncia effettuata dall'appaltatore ai sensi dell'art. 1670 cod. civ. (Cass. n. 26686/2014). L'ordito motivazionale della decisione n. 24717/2018 è condiviso dal Collegio e, pertanto, ad esso intende dare continuità, anche in ipotesi di vendita a catena, sovrapponibile, per quel che prima si è detto e nei predetti limiti ai rapporti nascenti dal compimento di parte dell'opera appaltata dal subappaltante, a prescindere dall'applicabilità o meno della disciplina consumeristica. Rinviano alla lettura alla lettura dell'approfondita motivazione di quest'ultima ordinanza, particolarmente convincenti appaiono i passaggi argomentativi immediatamente appresso riportati. "(...) ammettere al di fuori di ogni conferimento di poteri rappresentativi che un terzo – quale è e resta l'appaltatore principale – possa effettuare in luogo del subcommittente legittimato la comunicazione (o suo equipollente) al subappaltatore ex art. 1670 cod. civ., equivale a ridurre – come ritenuto dal predetto precedente giurisprudenziale – la comunicazione a mera acquisizione di informazione, surrogabile quindi quanto alla fonte, laddove essa ha invece natura appunto comunicativa o partecipativa, non priva cioè di un coefficiente relazionale che impone, in base agli artt. 1669 e 1670 cod. civ., per quanto qui interessa, che non solo il destinatario ma anche la fonte della dichiarazione si identifichino con i soggetti sulle cui sfere giuridiche gli effetti legali (per quanto rileva, impeditivi della decadenza) sono destinati a prodursi, con *suitas* dell'attività comunicativa rispetto all'emittente. Conferma del requisito anzidetto della fattispecie comunicativa si ha ove si consideri la disciplina generale della decadenza, dalla quale non si può prescindere stante l'espresso riferimento a tale istituto operato dall'art. 1670. In proposito è sufficiente constatare che l'art. 2966 cod. civ., disciplinante il

c.d. riconoscimento impeditivo della decadenza, diverso da quello interruttivo della prescrizione ex art. 2944 cod. civ., mutua sostanzialmente da tale ultima norma la formula per cui il riconoscimento medesimo (sulla cui natura non è possibile soffermarsi, ma parificato per legge negli effetti al "compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto" soggetto a decadenza) deve essere, per i diritti disponibili dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto"; dato questo che, affrontato dalla giurisprudenza di merito e da pronunce arbitrali in relazione a riconoscimenti operanti ad es. dal direttore dei lavori negli appalti, fa propendere per la necessità della volontarietà del riconoscimento in capo al soggetto strettamente interessato o a suo rappresentante, ciò che dà rilievo – seppure sul fronte inverso del rapporto contrattuale – al profilo relazionale dianzi sottolineato (cfr., per il coefficiente necessario di volontarietà del comportamento di riconoscimento interruttivo ex art. 2944 cod. civ., ad es. Cass. n. 20692 del 22/09/2006 e n. 7760 del 30/03/2009, anche per richiami; e, in rapporto all'attribuzione operata da parte della dottrina al riconoscimento impeditivo della funzione probatoria della ricognizione di debito ex art. 1988 Cod. civ., v., mutatis mutandis anche in relazione alla diversa natura dell'atto, ad es. Cass. n. 13642 del 22/07/2004, n. 23803 del 08/11/2006, n. 16576 del 18/06/2008, n. 2104 del 14/02/2012 e n. 24710 del 04/12/2015 quanto all'inefficacia della ricognizione non specificamente rivolta al destinatario). In relazione a ciò, pare doversi desumere dall'art. 2966 cod. civ. che, se il riconoscimento deve – su un capo, quello passivo, della relazione giuridica interessata dalla decadenza – essere "proveniente dalla persona contro la quale si deve far valere il diritto", sul capo attivo del rapporto contrattuale anche il "compimento dell'atto previsto dalla legge o dal contratto", soggetto a decadenza, debba provenire, quanto meno sulla base di mandato 'o di disposizione di legge, dal soggetto che può "far valere il diritto". Conferma quanto qui sostenuto la constatazione che nella vendita concatenata ciascuno dei negozi è autonomo rispetto all'altro. Principio, questo, più volte ribadito da questa Corte, pur ammettendo che l'autonomia dei negozi non impedisce al rivenditore di proporre, nei confronti del proprio venditore, domanda di rivalsa di quanto versato a titolo di risarcimento del danno all'acquirente, quando l'inadempimento del rivenditore sia direttamente connesso e consequenziale alla violazione degli obblighi contrattuali verso di lui assunti dal primo venditore (cfr., *ex multis*, Sez. 2, n. 1631/2020).

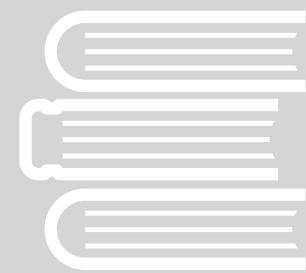
9.1.1. In conclusione, nel rigettare il motivo in rassegna appare opportuno enunciare il seguente principio di diritto: "in ipotesi di vendita a catena, a prescindere dall'applicabilità o meno della disciplina consumeristica, il primo venditore è tenuto a denunciare tempestivamente al secondo venditore i vizi o le difformità dell'opera a lui contestati dal primo compratore. La denuncia deve provenire dal primo venditore o da suo incaricato e non già "aliunde", come, ad esempio, dal primo compratore, poiché i rapporti di compravendita sono autonomi e la detta comunicazione ha natura comunicativa o partecipativa la quale impone, che non solo il destinatario, ma anche la fonte della dichiarazione si identifichino con i soggetti sulle cui sfere giuridiche gli effetti legali, impeditivi della decadenza, sono destinati a prodursi".

10. Il regolamento delle spese segue la soccombenza e le stesse vanno liquidate, tenuto conto del valore e della qualità della causa, nonché delle svolte attività, siccome in dispositivo.

11. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02 (inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12) applicabile *ratione temporis* (essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), sussistono i presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.

P.Q.M.

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità che liquida per compensi, in favore della controricorrente, in € 5.900,00, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in euro 200,00, e agli accessori di legge. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater D.P.R. n. 115/02 (inserito dall'art. 1, comma 17 legge n. 228/12), si dà atto della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento da parte della ricorrente di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso principale, a norma del comma 1-bis dello stesso art. 13, se dovuto.



Vendita e Appalto

Vendita e appalto nel codice civile: due modelli una visione

di Antonio Albanese

su Contratto e Impresa, n. 4, 1 ottobre 2023, p.

c.c. art. 1476

c.c. art. 1492

c.c. art. 1495

c.c. art. 1655

c.c. art. 1667

c.c. art. 1668

c.c. art. 1669

L'accresciuta importanza dell'appalto testimonia il superamento del modello fondato sul *do ut des*, tipico della compravendita, ad opera di un modello basato sul *do ut facias*. Tuttavia, dalla codificazione è emerso un quadro di insieme che resta attuale anche in una società e in un'economia profondamente mutate, in specie grazie alla duttilità della disciplina contenuta agli artt. 1655 ss. I due modelli sono destinati a integrarsi, stimolando quesiti dal forte impatto pratico, perché la regolazione dell'appalto comprende norme specifiche non adattabili alle ipotesi di vendita.

Sommario: 1. Appalto e compravendita nella disciplina codicistica. – 2. I criteri distintivi tra appalto e vendita. – 3. I criteri distintivi tra appalto e vendita di cosa futura. – 3.1. Applicazioni pratiche. – 4. Contratto misto di appalto e compravendita. – 5. La permuta. – 6. La “garanzia” imposta all'appaltatore e la garanzia per vizi gravante sul venditore. – 7. La “responsabilità del costruttore” (appaltatore o venditore). – 8. Compravendita e appalto nel Codice del Consumo.

1. - Il codice civile del 1942 ha posto la vendita al centro del sistema dei contratti, quale strumento principale e privilegiato di un'economia di mercato, in conformità alla percezione che imperava nella società dell'epoca. Oggi, questa centralità normativa pare stridere con l'emersione, sul piano economico come su quello sociale, di modelli che pongono al centro l'essere piuttosto che l'avere, il godimento temporaneo di una prestazione piuttosto che la duratura certezza di un possesso, la fruizione di un *facere* piuttosto che il diritto all'acquisizione di un bene. Viviamo nell'economia e nella società dei servizi e l'appalto (in particolare, appunto, quello di servizi), testimonia il superamento di un modello fondato sul *do ut des* ad opera di un modello basato sul *do ut facias*. Si tratta di un fenomeno in continua espansione, implementato dal progresso tecnologico e dal proliferare di nuovi servizi intellettuali e materiali. Si pensi ai casi dell'assistenza e manutenzione di sistemi informatici; dell'*outsourcing*; dell'abbonamento alle *pay-tv*; dei contratti di agenzia pubblicitaria; del contratto di accesso a Internet; dei contratti di abbonamento a servizi culturali, formativi o sportivi; del *catering*, del *banqueting*. Altre figure, non meno rilevanti, sono annoverate tra i contratti misti all'appalto: i contratti d'albergo, di ristorazione, di spettacolo, di servizi autostradali, di garage-autorimessa, di ormeggio barche, i contratti di amministrazione (ad es. di condomini), di servizio di pompe funebri, di servizi autostradali, gli accordi di assistenza e prestazioni sanitarie stipulati con case di cure e ospedali, ecc.^[1] . In definitiva, oggi più che mai la contrattazione produce effetti obbligatori piuttosto che traslativi e se la vendita è sempre stata percepita come “il contratto” per eccellenza, l'appalto può a sua volta essere considerato un “contratto madre”, per la sua capacità di adattarsi a una parte consistente dei contratti atipici^[2] .

Pur tuttavia, dall'osservazione dei due principali modelli contrattualistici adottati dal codice civile, compravendita e appalto, emerge una visione di insieme che ha consentito al codificatore l'elaborazione di una ponderata regolamentazione dei due contratti che tenesse conto, in un'ottica di bilanciamento e distribuzione degli interessi sottesi, delle loro peculiarità, componendo un quadro di insieme che resta attuale anche in una società e in un'economia profondamente mutate, in specie grazie alla duttilità della disciplina contenuta agli artt. 1655 ss.

La disciplina della vendita da un lato e quella dell'appalto, di opera o di servizi, dall'altro, è dunque diversificata secondo le specificità di modelli contrapposti che sono destinati a integrarsi[3]. Il tema ha forte impatto pratico, perché la regolazione dell'appalto comprende norme specifiche non adattabili alle ipotesi di vendita, come ad esempio: l'art. 1664 c.c. sulla revisione del prezzo, l'art. 1669 c.c. sulla responsabilità decennale dell'appaltatore per la rovina di immobili destinati a lunga durata, l'art. 1671 c.c. sul recesso unilaterale del committente, l'art. 1673 c.c., che pone il rischio per il perimento o deterioramento dell'opera a carico dell'appaltatore fino all'accettazione da parte del committente (laddove nella vendita la cosa passa, di regola, a rischio e pericolo del compratore, dal momento della conclusione del contratto).

Per la vendita, invece, l'art. 1476 c.c. stabilisce che le obbligazioni principali del venditore sono: 1) quella di consegnare la cosa al compratore; 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto; 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa. Quest'ultima disposizione trova poi una ulteriore e puntuale specificazione nel successivo art. 1490, che contiene la disciplina strutturale della garanzia per vizi: il venditore è tenuto a garantire che la cosa venduta sia immune da vizi che la rendano inidonea all'uso a cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore. Gli aspetti funzionali di quello che può essere definito il "procedimento" di garanzia vengono ulteriormente regolamentati dall'art. 1492, secondo il quale nei casi indicati dall'art. 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione. La norma di "chiusura" della fattispecie, l'art. 1494, dispone, ancora, che «in ogni caso il venditore è tenuto verso il compratore al risarcimento del danno se non prova di avere ignorato senza colpa i vizi della cosa».

I termini decadenziali e prescrizionali (otto giorni – un anno) delle azioni edilizie sono a loro volta fissati dall'art. 1495. Secondo l'orientamento del tutto consolidato della Suprema Corte, l'azione del compratore contro il venditore per far valere la garanzia a norma dell'art. 1495 c.c. si prescrive, alla stregua del 3° comma di tale disposizione, in ogni caso nel termine di un anno dalla consegna del bene compravenduto, e ciò anche se i vizi non siano stati scoperti o non siano stati tempestivamente denunciati o la denuncia non fosse neppure necessaria, sempre che la consegna abbia avuto luogo dopo la conclusione del contratto, coincidendo, altrimenti, l'inizio della prescrizione con quest'ultimo evento[4]. Diversamente, il termine di decadenza di otto giorni dalla scoperta del vizio occulto, sempre inerente la garanzia ai sensi dell'art. 1495 c.c., decorre dal momento in cui il compratore ne abbia acquisito certezza obiettiva e completa[5].

Sempre in tema di tutela del compratore, la giurisprudenza (per lo più confortata dal sostegno della dottrina dominante) tende sempre più a ridurre il numero delle fattispecie riconducibili ai vizi redibitori (e alla mancanza di qualità essenziali), estendendo invece la categoria dell'*aliud pro alio*, in presenza della quale il compratore risulta svincolato dall'onere di denuncia e dalla prescrizione breve[6].

In materia di appalto, al contrario, sono diversi i rimedi con cui si attua la c.d. garanzia (artt. 1667 ss.) (v. par. 6). Differenti sono i termini decadenziali e prescrizionali, e qualora l'opera appaltata sia affetta da vizi occulti o non conoscibili, perché non apparenti all'esterno, il termine di prescrizione dell'azione di garanzia, ai sensi dell'art. 1667 c.c., comma 3, decorre dalla scoperta dei vizi, la quale è da ritenersi acquisita dal giorno in cui il committente abbia avuto conoscenza degli stessi.

Inoltre, non trova cittadinanza il principio dell'*aliud pro alio*, che, in senso tecnico, è configurabile solo nella vendita. Il metro di paragone tra cose già esistenti, presupposto indispensabile dell'*aliud pro alio*, è peculiare alla compravendita: nell'appalto sarebbe consentito, al massimo, confrontare l'opera come era stata pattuita e come, invece, avrebbe dovuto essere realizzata[7]. Ed infatti l'art. 1667 c.c. si distingue dall'art. 1490 c.c. per menzionare, oltre che i vizi, le difformità, per dare rilievo alla discordanza rispetto al pattuito.

Ancora, ai fini della risoluzione del contratto di appalto per i vizi dell'opera, si richiede un inadempimento più grave di quello richiesto per la risoluzione della compravendita per i vizi della cosa. Per l'art. 1668, comma 2, c.c., infatti, la risoluzione può essere dichiarata soltanto se i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inidonea alla sua destinazione. L'art. 1490 c.c., invece, stabilisce che la risoluzione va pronunciata per i vizi che diminuiscano in modo apprezzabile il valore della cosa, e ciò in aderenza alla norma generale di cui all'art. 1455 c.c., secondo cui l'inadempimento non deve essere di scarsa importanza avuto riguardo all'interesse del creditore. Pertanto, la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto di appalto è ammessa nella sola ipotesi in cui l'opera, considerata nella sua unicità e complessità, sia assolutamente inadatta alla destinazione sua propria in quanto affetta da vizi che incidano in misura notevole sulla struttura e funzionalità della medesima, sì da impedire che essa fornisca la sua normale utilità, mentre, se i vizi e le difformità sono facilmente e sicuramente eliminabili, il committente può solo richiedere, a sua scelta, uno dei provvedimenti previsti dall'art. 1668, comma 1, c.c., salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore[8].

Ulteriori differenze e similitudini disciplinari si rinvencono in materia di determinazione del corrispettivo. La specificazione del prezzo dell'appalto non costituisce elemento essenziale dell'accordo tra le parti, giacché la legge preordina congrui criteri per la sua determinazione *a posteriori* [9]. Secondo quanto dispone l'art. 1657 c.c., se le

parti non hanno determinato espressamente il prezzo né hanno indicato i criteri della sua determinazione, la misura del corrispettivo è calcolata con riferimento alle tariffe esistenti o agli usi; in mancanza, è determinata dal giudice. Si tratta di una norma eccezionale, simile a quella dettata per la vendita dall'art. 1474 c.c., che deroga alla previsione generale dell'art. 1346 c.c., giacché la mancata predeterminazione del prezzo (o la sua non predeterminabilità) non si traduce nella carenza di un elemento essenziale del contratto e non ne provoca la nullità^[10]. La deroga può giustificarsi in quanto, diversamente dalla vendita, il rapporto di appalto ha per oggetto una prestazione di *facere*, come tale non retrocedibile, sicché la posizione delle parti non può essere riportata nella posizione antecedente, tipica conseguenza dell'accertata invalidità del vincolo negoziale. In altre parole, se la mancata previsione pattizia del corrispettivo (e del criterio per determinarlo) comportasse la nullità dell'appalto per mancanza o indeterminazione dell'oggetto, la conseguenza comporterebbe l'eliminazione in via retroattiva degli effetti dell'appalto e il ripristino dello *status quo ante*.

Ancora, il codice civile prevede espressamente, all'art. 1656, il subappalto, che è un vero e proprio contratto di appalto con natura di contratto derivato (o subcontratto): l'appaltatore (o subcommittente) incarica un terzo (subappaltatore) di eseguire, in tutto o in parte, l'opera o il servizio che egli ha assunto^[11]. Nel caso di contratti a effetti reali, invece, non sembra configurabile un subcontratto di vendita sotto forma di rialienazione del bene prima del pagamento del prezzo, giacché il trasferimento della proprietà avviene con effetto immediato per effetto del consenso e costituisce una nuova vicenda giuridica incompatibile con la permanenza dell'originario contratto, che caratterizza invece il subcontratto.

2. – Va innanzi tutto ricordato che a meno che non sia diversamente stabilito dalla convenzione o dagli usi, la materia necessaria a compiere l'opera deve essere fornita dall'appaltatore (art. 1658 c.c.). Pertanto, la fornitura della materia prima da parte dell'appaltatore ha natura meramente strumentale e non costituisce una autonoma prestazione di dare aggiunta a quella principale di fare^[12].

Quando la cosa è già in proprietà del committente, si può convenire trattarsi quasi sempre di appalto: si pensi alla costruzione di immobili su suolo appartenente al committente o, per i beni mobili, al montaggio di materiale o pezzi forniti dal committente. Qualora sia il committente a fornire la materia, il perimento o il deterioramento dell'opera per causa non imputabile ricade su di lui per il principio *res perit domino*, mentre a carico dell'appaltatore rimane il rischio connesso al lavoro prestato. Pertanto, poiché, come appena detto, la fornitura della materia non è essenziale nell'appalto, il vero rischio della gestione è quello che inerisce al lavoro effettuato per l'esecuzione dell'opera e ricade sull'appaltatore, proprio come delineato dalla nozione di cui all'art. 1655 c.c., alla cui stregua l'appaltatore assume la propria obbligazione: «con gestione a proprio rischio».

Diversamente, quando, come di norma, la materia prima è procurata dall'appaltatore, la distinzione tra appalto e compravendita è meno netta, in specie per gli appalti di costruzione (il problema non si pone per gli appalti di servizi e per gli appalti di modificazione o riparazione, ove l'eventuale fornitura dei materiali da parte dell'appaltatore rappresenta un mezzo per il compimento dell'attività di lavoro).

In via di prima approssimazione, è agevole rilevare come dai due diversi schemi tipici risulti che l'appalto è un contratto a effetti obbligatori con obbligazione tipica consistente in un *facere*, la vendita è un contratto a effetti traslativi con un'obbligazione tipica di dare. Pertanto, quando la cosa già esiste al momento dell'ordinazione, in quanto già prodotta o elaborata, non può revocarsi in dubbio che si tratti di «cosa comprata». Viceversa, si ha appalto quando in contratto venga dedotta una cosa da costruire secondo determinate caratteristiche^[13].

3. – La distinzione teorica menzionata *supra* risulta insufficiente nella vendita di cosa futura, dove il contratto, sebbene di compravendita, spiega effetti obbligatori e dove spesso l'obbligazione di dare si accompagna all'esecuzione di prestazioni accessorie di *facere*, necessarie per soddisfare l'interesse dell'acquirente.

In altri termini, nel contratto di appalto vi è un fare che può essere comprensivo di un dare, mentre nel contratto di compravendita vi è un dare che può comportare anche un fare.

Come noto, può parlarsi di vendita di cosa futura (art. 1472 c.c.) e cioè di bene non ancora esistente, segnatamente allorché si tratti un prodotto d'opera non ancora realizzato e per l'esistenza del quale occorre l'attività strumentale positiva dell'alienante. Anche in relazione a questo tipo di vendita, si versa in ipotesi di contratto *ab initio* perfetto, ricorrendo in esso tutti gli elementi essenziali del contratto, ma ad effetti obbligatori, poiché il momento traslativo sussisterà solo allorché la cosa sia venuta ad esistenza: l'esigenza di tutelare il compratore contro il rischio del perimento dell'opera, che si trovi ancora nella sfera di controllo dell'alienante, induce a ritenere che l'opera debba ritenersi esistente solo al momento del suo completamento^[14].

I criteri di distinzione proposti sono sostanzialmente due.

Un primo criterio di distinzione, che può definirsi obiettivo, propone di distinguere l'appalto dalla compravendita di cosa futura in base alla prevalenza quantitativa dell'elemento lavoro sull'elemento materia^[15]. Si è validamente obiettato, allorché tale criterio è stato trasferito fuori dall'area tributaria, che non è la prevalenza quantitativa del lavoro sulla materia che ha valore decisivo, ma il modo in cui il lavoro è considerato dalle parti.

Il secondo criterio di distinzione tra i due contratti è quello subiettivo, alla stregua del quale dovrà vedersi in che modo le parti hanno considerato l'opera, se cioè in sé stessa o in quanto prodotto necessario di un'attività e quindi se la volontà delle parti aveva ad oggetto un dare o un *facere*. Il criterio subiettivo è quello più seguito e dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le quali ritengono che si debba avere riguardo alla prevalenza o meno dell'attività sulla materia,

da considerare non in senso oggettivo, bensì con riguardo alla volontà dei contraenti, da accertare nei singoli casi. Rileva dunque la circostanza che la volontà delle parti sia incentrata sul trasferimento della proprietà della cosa (compravendita) o sul lavoro in quanto produttivo di un determinato risultato (appalto). Scopo dell'appalto è il lavoro, laddove la somministrazione della materia è meramente strumentale al compimento dell'opera.

Va tuttavia chiarito, che «per volontà delle parti deve intendersi non l'intenzione soggettiva, cioè l'opinione che esse abbiano avuto della natura del rapporto, ma l'intento empirico tipico in cui si inquadra la volontà che le muove». Ciò significa che la qualificazione discende da un'analisi condotta in concreto: «se tale intento empirico coincide con quello della vendita, nel senso che il conseguimento della cosa costituisce la vera ed unica finalità del negozio ed il lavoro sia solo il mezzo per produrla, si ha vendita di cosa futura; se coincide con quello proprio dell'appalto, nel senso che l'attività realizzatrice della cosa sia la vera finalità del negozio, si ha appalto»[16].

Pertanto, il contratto riguardante la cessione di un fabbricato non ancora realizzato, con previsione dell'obbligo del cedente – che sia proprietario anche del terreno su cui l'erigendo fabbricato insisterà – di eseguire i lavori necessari al fine di completare il bene e di renderlo idoneo al godimento, può integrare alternativamente tanto gli estremi della vendita di una cosa futura (verificandosi allora l'effetto traslativo nel momento in cui il bene viene ad esistenza nella sua completezza), quanto quelli del negozio misto, caratterizzato da elementi propri della vendita di cosa presente (il suolo, con conseguente effetto traslativo immediato dello stesso) e dell'appalto, a seconda che assuma rilievo centrale, nel sinallagma contrattuale, l'intento delle parti avente ad oggetto il conseguimento della proprietà dell'immobile completato ovvero il trasferimento della proprietà attuale del suolo e l'attività realizzatrice dell'opera da parte del cedente, a proprio rischio e con la propria organizzazione[17].

Si avrà quindi vendita di cosa futura quando l'intento delle parti abbia ad oggetto il trasferimento della cosa futura e consideri l'attività costruttiva nella mera funzione strumentale.

Per contro, si avrà vendita con effetti reali del suolo ed appalto della costruzione, quando l'attività costruttiva, che il cedente assume a proprio rischio con la propria organizzazione, viene considerata come oggetto della prestazione di fare.

In quest'ultima ipotesi, si verterà in ipotesi di contratto misto (di vendita e di appalto), la cui disciplina giuridica va individuata, in base alla cosiddetta teoria dell'assorbimento o della prevalenza, che privilegia la disciplina dell'elemento in concreto prevalente, in quella risultante dalle norme del contratto atipico nel cui schema sono riconducibili gli elementi prevalenti; ciò, peraltro, senza escludere ogni rilevanza giuridica degli altri elementi, che sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza del vincolo contrattuale, elementi ai quali si applicano le norme proprie del contratto cui essi appartengono, in quanto compatibili con quelle del contratto prevalente (v. *amplius* par. seg.). La valutazione delle circostanze di fatto idonee a far rientrare il contratto in una o in altra categoria costituisce apprezzamento di fatto, riservato al giudice del merito ed incensurabile se adeguatamente e correttamente motivato[18].

3.1. – Pertanto, quando la cosa ancora non esiste, decisiva risulta l'interpretazione della volontà delle parti in merito alla prevalenza o meno dell'attività sulla materia, da considerare non in senso oggettivo, bensì con riguardo alla volontà dei contraenti. L'indagine sulla volontà delle parti consente di accertare, nei singoli casi: a) se la fornitura della materia sia un semplice elemento concorrente nel complesso della realizzazione dell'opera, mentre tutte le attività tese al compimento dell'opera costituiscono l'oggetto effettivo e prevalente dell'obbligazione assunta dal produttore-venditore. Ciò può verificarsi non soltanto nelle ipotesi di realizzazione di un'*opus unicum*, ma anche quando si tratti d'un *opus* derivato dalla serie, eppure oggetto di sostanziali adattamenti o modifiche a richiesta del destinatario. In questi casi, si è in presenza d'un contratto d'appalto (o d'opera); b) se dette attività costituiscano solo l'ordinario ciclo produttivo del bene, che può anche concludersi con l'assemblaggio delle sue componenti presso il destinatario, onde la sola consegna del bene stesso costituisce l'effettiva obbligazione del produttore-venditore. In tal caso, si è in presenza d'un contratto di compravendita[19].

Nonostante il criterio cosiddetto subiettivo sia costantemente richiamato in giurisprudenza, si discute se si tratti dell'unico criterio scriminante o, piuttosto, di un criterio meramente suppletivo[20].

Una sua applicazione concreta è stata data, già da tempo, nei casi in cui il rapporto ha per oggetto l'ordinazione di un bene, come una macchina o un mobile, che il fabbricante costruisce in serie, attribuendovi natura di vendita di cosa futura e non di appalto[21]. Si pensi al caso[22] della fornitura d'un bene con onere, a carico del produttore, del suo montaggio presso il destinatario: la pretesa di quest'ultimo d'accollare al primo qualsivoglia ulteriore obbligazione, principale o accessoria, sul presupposto che tragga origine da un contratto d'appalto, implica la dimostrazione, a suo carico, d'una volontà delle parti intesa ad attribuire prevalenza all'attività di realizzazione d'un *opus perfectum* rispetto alla semplice consegna del materiale, sia pure da assemblare *in loco*. Diversamente, si è al cospetto di semplice compravendita con obbligazione accessoria di *facere*.

Si è ritenuto, ad esempio, che l'obbligazione di fare, sotto il profilo soggettivo e oggettivo, acquisti preminenza di fronte a quella di dare (con la conseguenza che si avrà contratto d'opera o appalto) se la prestazione diretta alla creazione del prodotto voluto esiga, per la sua sostanza e per i mezzi con i quali è raggiunta, una speciale attività del produttore che si distacchi da quella normalmente esplicata, di guisa che il bene richiesto abbia una individualità ben distinta e peculiare e rappresenti un *quid novi* rispetto alla normale ed ordinaria serie produttiva[23].

Per sfuggire alla qualificazione del contratto come appalto, in alcune occasioni si è opposto che l'accordo prevedeva la fornitura di elementi prefabbricati destinati a essere montati su di un'area nella disponibilità del committente[24].

Ma è evidente che non sempre un simile accordo prefigura una vendita. È stato qualificato come appalto e non vendita il contratto avente a oggetto la costruzione di un capannone di 8.000 metri cubi, commissionato ad un'impresa che svolgeva professionalmente l'attività di costruzione di prefabbricati. Si è ritenuto "evidente" che un simile accordo non potesse considerarsi una vendita: «Un manufatto di tali dimensioni non può essere costruito ed installato come se fosse un oggetto già pronto, trattandosi di un qualcosa da realizzare *su misura* per le specifiche esigenze del committente; sicché l'obbligazione di *facere* che contraddistingue il contratto di appalto assume rilevanza prevalente e decisiva rispetto a quella di dare che è tipica della compravendita»[25].

In definitiva, in termini di qualificazione del tipo, poiché l'appalto ha ad oggetto un *facere* dietro corrispettivo di un prezzo, occorre che l'attività lavorativa diretta alla produzione della cosa sia prevalente rispetto alla fornitura del materiale. Viceversa, giacché la compravendita di cosa futura consiste in un dare (sempre dietro corrispettivo di un prezzo), bisogna che la fornitura del materiale costituisca l'oggetto principale del negozio e l'attività lavorativa, diretta all'adattamento della cosa alle specifiche esigenze della controparte, assuma un rilievo accessorio e strumentale. Con le cennate conseguenze giuridiche in materia di trasferimento, di passaggio del rischio per la perdita della cosa e di vizi della cosa.

Ai fini della distinzione, come accennato, può essere utile la determinazione dell'attività svolta dall'imprenditore-prestatore d'opera: se egli produce i beni oggetto del negozio non in base a singole richieste, ma in serie, secondo le ritenute, generiche esigenze di mercato, il negozio si deve qualificare vendita. Ma la soluzione non muta quando il fornitore si obbliga, oltre che a consegnare prodotti che abitualmente produce per il mercato, anche ad adattarli alle specifiche esigenze del compratore, se la natura della cosa non ne viene snaturata e non apporta un *quid pluris* rappresentato da una attività peculiare di progettazione.

Si ha invece contratto di appalto, e non di vendita di cosa futura, quando le modifiche da apportare a cose pur rientranti nella normale attività produttiva dell'imprenditore consistono non già in accorgimenti marginali e secondari diretti ad adattarle alle specifiche esigenze del destinatario della prestazione, ma sono tali da dar luogo a un *opus perfectum*, inteso come effettivo e voluto risultato della prestazione e configurato in modo che la prestazione d'opera assuma, non tanto per l'aspetto quantitativo, quanto piuttosto sul piano qualitativo e sotto il profilo teleologico, valore determinante al fine del risultato da fornire alla controparte[26].

Al massimo, se il venditore, oltre a procedere alla fornitura dei beni prodotti in serie, si impegna anche ad apportare le modifiche necessarie alla loro messa in opera e alla loro concreta utilizzazione, può ricorrere un contratto atipico e complesso, nel quale prevalgono nettamente gli elementi costitutivi della compravendita e sono quindi applicabili le norme che la regolano[27].

D'altro lato, occorre sempre tenere presente che appalto e vendita possono anche coesistere, di modo che, nella ipotesi concreta, sia possibile ravvisare due contratti a sé stanti e semplicemente collegati. Si pensi, ad esempio, al caso di una società edilizia che, dopo avere costruito per suo conto un palazzo, lo venda, obbligandosi nel tempo stesso nei confronti del venditore a curare la sopraelevazione di un piano[28]; oppure al caso in cui l'appaltatore assuma l'obbligo di fornire il suolo (vendita) e di costruire l'edificio (appalto).

4. – Occorre valutare caso per caso se non ci si trovi al cospetto di un contratto misto, da regolare secondo la teoria dell'assorbimento oppure, secondo altra tesi, applicando la disciplina di entrambi i contratti, se compatibili.

In proposito, per costante orientamento giurisprudenziale[29], in caso di contratto misto occorre seguire il criterio della prevalenza fra le prestazioni pattuite: il negozio deve essere assoggettato alla disciplina unitaria dell'uno o dell'altro contratto, in base alla prevalenza degli elementi che concorrono a costituirlo.

Si tratta di attingere alla disciplina del singolo contratto considerato prevalente.

Valgono, senza dubbio, le norme sul contratto in generale, applicabili anche ai contratti in cui siano commisti e combinati elementi di diversi negozi se diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico (art. 1322 c.c.). Ma la parte generale sul contratto non può da sola soddisfare le esigenze della disciplina normativa, perché non offre criteri per la loro regolazione che possano valere a far superare l'eventuale contrasto esistente negli schemi legali dei due contratti.

Il criterio della prevalenza, tuttavia, non vale a escludere ogni rilevanza giuridica agli elementi del contratto non prevalente che pur sono voluti dalle parti e concorrono a fissare il contenuto e l'ampiezza dell'intero negozio dacché, altrimenti, si verrebbe a frustrare lo stesso principio di atipicità; seguendo rigorosamente la regola della prevalenza, infatti, contratto atipico e contratto misto finirebbero per ridursi a contratto tipico, con evidente lesione dell'autonomia contrattuale che è libertà di concludere contratti diversi da quelli aventi una disciplina particolare (art. 1322, comma 2, c.c.). Nel caso in cui vi siano elementi del contratto non prevalente regolabili con norme proprie non incompatibili con quelle del contratto prevalente, deve accedersi, pertanto, al criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause che si combinano entro il contratto misto, suggerito dal codice allorché all'art. 1677 prevede che se l'appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi si osservano, in quanto compatibili, le norme dell'appalto e quelle relative al contratto di somministrazione.

Alla luce di tali principi, il negozio misto nel quale siano presenti gli elementi della compravendita e dell'appalto deve essere assoggettato alla disciplina unitaria del contratto i cui elementi costitutivi devono considerarsi prevalenti, salvo che gli elementi del contratto non prevalente, regolabili con norme proprie, non siano incompatibili con quelli del contratto prevalente, dovendosi in tal caso procedere, nel rispetto dell'autonomia contrattuale (art. 1322 c.c.), al

criterio della integrazione delle discipline relative alle diverse cause negoziali che si combinano nel negozio misto[30] .

Si è rinvenuto, ad esempio, un contratto atipico e complesso, a causa mista, nella fornitura di un completo sistema computerizzato, comprensivo di software e hardware, con garanzia, per un determinato tempo, di compatibilità e funzionalità. In tal rapporto, si è riconosciuto il concorso del contratto di vendita (del sistema) e di appalto (prestazione di assistenza tecnica necessaria alla garanzia, obbligo di risultato). Sulla base dei fatti accertati dalla Corte di merito, si è ravvisata la prevalenza dello schema della vendita, caratterizzato dalla contestuale assunzione dell'obbligazione di garantire il buon funzionamento della *res vendita* e, quindi, di garantire un determinato risultato.

Applicate quindi le regole della vendita, si è ritenuta ammissibile, senza necessità di assegnazione di un termine per adempiere, in caso di cattivo funzionamento del sistema, la domanda dell'acquirente di risoluzione per inadempimento all'obbligo contrattuale di garanzia della *res vendita*, e si è invece addossato al fornitore provare che esso dipendesse da fatti imputabili all'utilizzatore, idonei a giustificare il ritardo di detto adempimento, in rapporto alla durata della garanzia[31] .

Tra i casi più interessanti, vi sono quelli in cui il contratto può integrare alternativamente tanto gli estremi della vendita di una cosa futura, quanto quelli del negozio misto caratterizzato da elementi propri della vendita di cosa presente e dell'appalto: nel primo caso, l'effetto traslativo si verifica nel momento in cui il bene viene ad esistenza nella sua completezza; nel secondo, l'effetto traslativo è immediato. È quanto accade per il contratto avente a oggetto la cessione di un fabbricato (o di una porzione di fabbricato) non ancora compiutamente realizzato o da ristrutturare, con previsione dell'obbligo del cedente – che sia anche imprenditore edile – di eseguire i lavori necessari al fine di completare il bene o di renderlo idoneo al godimento. Ai fini della qualificazione, occorre capire se l'obbligo di completamento dei lavori assuma, nel sinallagma contrattuale, un rilievo centrale, ovvero soltanto accessorio e strumentale rispetto al trasferimento della proprietà attuale[32] .

5. – Dalla costante giurisprudenza di legittimità emerge il principio generale, conforme al criterio subiettivo (v. *supra*), secondo cui il contratto avente a oggetto il trasferimento della proprietà di un'area edificabile in cambio di un fabbricato o di alcune sue parti, da costruire sulla stessa superficie a cura e con i mezzi del cessionario, può integrare sia un contratto di permuta di un bene esistente con un bene futuro sia un contratto misto, costituito con gli elementi della vendita e dell'appalto[33] .

La permuta di un suolo con quota parte dell'edificio da costruire e anche il preliminare di permuta di cosa futura sono contratti molto diffusi nella pratica.

Nella permuta di cosa futura, l'oggetto del contratto può essere individuato con riferimento a quota percentuale della costruzione da realizzare sulle aree trasferite ovvero con riferimento al solo *genus* dei beni offerti in controprestazione. Si configura la permuta se il sinallagma negoziale consiste nel trasferimento reciproco della proprietà attuale e della cosa futura e l'obbligo di erigere l'edificio sia restato su un piano accessorio e strumentale. L'ipotesi si verifica anche se sia previsto un conguaglio in danaro, non incidendo tale clausola sulla causa tipica del negozio di permuta. Si è fuori del contratto di appalto, si è scritto, «quando le parti abbiano inteso scambiare il suolo edificatorio, di proprietà del cosiddetto committente, con alcuni appartamenti da costruire sull'area medesima, configurando l'obbligo del cosiddetto appaltatore (*rectius*: del costruttore degli appartamenti) non come prestazione del risultato di un'opera, ma come trasferimento della proprietà dei futuri appartamenti»: «l'esatta qualificazione della fattispecie è quella di permuta di bene presente (il suolo) con bene futuro (gli appartamenti da costruire)»[34] . In tal caso, il trasferimento della proprietà dell'area è un effetto che si realizza immediatamente, mentre l'acquisto della proprietà degli appartamenti resta differito al momento del venire in essere dell'edificio, senza bisogno di alcuna altra manifestazione di volontà[35] .

Si ravvisa, al contrario, un contratto misto di vendita e appalto quando la costruzione del fabbricato abbia assunto rilievo teleologicamente essenziale nella volontà delle parti e l'alienazione dell'area abbia costituito solo il mezzo per conseguire l'obiettivo primario. Ciò si verifica quando le due parti si obbligano l'una a costruire un edificio e l'altra – il proprietario del suolo – a cederlo, in tutto o in parte, quale compenso, poiché, in tale ultimo caso, il contratto ha effetti obbligatori e si qualifica come innominato del genere *do ut facias*, analogo al contratto d'appalto, dal quale differisce per la mancanza di un corrispettivo in danaro[36] .

La indagine sul reale contenuto delle volontà espresse nella convenzione negoziale, risolvendosi in un apprezzamento di fatto, è riservata al giudice di merito ed è, conseguentemente, incensurabile in Cassazione se sorretta da adeguata motivazione.

Con riferimento a una diversa fattispecie, si è detto che la vendita alternativa (di genere limitato) è configurabile anche per gli immobili allorché le parti concordino di trasferire una determinata estensione immobiliare da distaccarsi da un'entità di maggiori dimensioni (nella specie, un lotto di terreno da staccarsi da una più vasta proprietà, senza determinarne la forma e l'esatta consistenza ma stabilendone l'estensione ed il prezzo in un contratto preliminare). Il contratto in tal modo concluso, di natura obbligatoria, acquista effetti reali allorquando si procederà alla concreta individuazione del bene venduto sulla base della scelta che dovrà fare il soggetto indicato nel contratto stesso.

Ove si tratti di preliminare, questo viene a porsi come preparatorio di un contratto a effetti esclusivamente obbligatori, in relazione al quale soltanto si pone poi il problema della scelta: è questione di interpretazione della comune intenzione dei contraenti l'identificazione della parte a cui spetta tale diritto[37] .

Val la pena precisare che nulla osta, infine, a un preliminare anche di appalto, che è infatti comunemente ammesso. Diversamente dal preliminare di vendita o di permuta, però, in caso di inadempimento, poiché l'appalto produce effetti obbligatori, l'unico rimedio a disposizione della parte adempiente sarà il risarcimento del danno, mentre non le sarà possibile ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso ai sensi dell'art. 2932 c.c.[38] .

6. – A proposito dei rimedi previsti per vizi o difformità dell'opera appaltata, l'art. 1667 c.c. parla di «garanzia». Tale espressione è fonte di dubbi interpretativi e foriera di incertezze in ordine alle conseguenze giuridiche derivanti dall'inesatto compimento dell'opera o del servizio da parte dell'appaltatore[39] . Secondo l'opinione dominante, le ipotesi speciali di responsabilità previste dagli artt. 1667 e 1668 c.c. non costituiscono garanzia in senso tecnico, perché non si tratta di un'obbligazione separata e distinta rispetto a quella principale di esecuzione dell'opera. Non, dunque, una nuova obbligazione che affianca e si aggiunge a quella di eseguire l'opera a regola d'arte, ma, piuttosto, una particolare responsabilità contrattuale, applicazione speciale della generale responsabilità contrattuale per inadempimento[40] .

Un orientamento minoritario, invece, in ossequio alla lettera dell'art. 1667 c.c., sostiene trattarsi di vera e propria garanzia[41] , che fungerebbe da sanzione per inadempimento dell'obbligazione di eseguire l'opera secondo le condizioni stabilite nel contratto e a regola d'arte. L'appaltatore, in sostanza, oltre a farsi carico di un rischio economico circa la corrispondenza fra il valore dell'opera e il suo prezzo, assumerebbe pure «l'obbligazione *naturale* di fornire al committente un'opera priva di difetti e vizi». Assumerebbe, in definitiva, «il rischio (contenuto anche nella definizione che di tale contratto dà l'art. 1655 c.c.) che l'opera o il servizio non siano in realtà compiuti perfettamente: le disposizioni degli artt. 1667 e 1668 c.c. lo obbligano, appunto, a *garantire* tale risultato, accrescendo, oltre la normale e generale responsabilità contrattuale, la sicurezza del committente di ricevere un'opera esente da vizi e difetti»[42] .

Dubbi simili sono sorti anche a proposito della garanzia per vizi nella vendita, che si giustifica in relazione ad una serie di particolari istituti di tutela – di prevalente origine commerciale – che caratterizzano lo scambio di beni; una garanzia, quella, che attiene alla prestazione traslativa e, sebbene trovi specifica regolamentazione nella vendita (negozio nella pratica dominante), è suscettibile di più ampia applicazione ai contratti di alienazione. Analogamente a quanto accade per l'appalto, sulla natura della garanzia – connessa ai tradizionali istituti di tutela del compratore e sulla posizione che essi assumono rispetto alle comuni regole di tutela creditoria – mancano soluzioni chiare: suggestioni storiche e concettuali concorrono a rendere l'istituto non facilmente inquadrabile, anche se è generalmente inserito nel sistema della responsabilità contrattuale, e quindi dell'inadempimento indipendentemente da colpa[43] . Così, sinteticamente, la garanzia, di volta in volta, è stata ricondotta all'invalidità del negozio (per anomalia funzionale della causa), all'assunzione del rischio (come precetto primario di tipo assicurativo), ad una speciale forma di responsabilità (collegata all'obbligo del venditore di consegnare la cosa qualitativamente esatta), fino ad essere intesa come violazione dell'impegno del venditore in ordine all'esatto risultato traslativo, in quanto la regola del consenso traslativo, derivante da una pratica negoziale in cui era divenuta superflua la consegna come formalità condizionante il trasferimento della proprietà, non annulla l'impegno negoziale dell'alienante circa la conformità del bene al contenuto esplicito o implicito della sua offerta (un bene sano e senza difetti occulti).

Poiché per l'orientamento dominante alla base dei rimedi previsti dall'art. 1668 c.c. è il contratto di appalto, si tratta di azioni contrattuali tipiche dell'appalto. Si comprende quindi perché la legittimazione sia negata al compratore nei confronti del venditore, anche qualora il secondo fosse stato, egli stesso, costruttore dell'immobile venduto: tra i due soggetti è intercorso un contratto di vendita e non di appalto. La circostanza che il venditore sia anche il costruttore del bene compravenduto non vale ad attribuirgli la veste di appaltatore nei confronti dell'acquirente e a quest'ultimo la qualità di committente nei confronti del primo; l'acquirente non può pertanto esercitare l'azione per ottenere l'adempimento del contratto d'appalto e l'eliminazione dei difetti dell'opera a norma degli artt. 1667 e 1668 c.c.

7. – Altra ipotesi di responsabilità speciale, stavolta di natura extracontrattuale, è quella prevista, limitatamente ai beni immobili di lunga durata, dall'art. 1669 c.c. con riguardo a «rovina e difetti di cose immobili». Mentre i vizi o le difformità, legittimanti l'azione di responsabilità contrattuale ai sensi dell'art. 1667 c.c., non devono necessariamente pesare in misura rilevante sull'efficienza e la durata dell'opera, l'art. 1669 c.c. tende essenzialmente a disciplinare le conseguenze dannose dei vizi costruttivi che incidono negativamente in maniera profonda sugli elementi essenziali di struttura e di funzionalità dell'opera, influenzando sulla sua solidità, efficienza e durata[44] .

La giurisprudenza, seguita da parte minoritaria degli Autori, non dubita che l'art. 1669 c.c., al pari del corrispondente art. 1639 dell'abrogato c.c. del 1865, configuri una responsabilità extracontrattuale, che in quanto tale può essere fatta valere non solo dal committente, ma pure da qualsiasi terzo danneggiato dalla rovina dell'edificio[45] . Questa responsabilità sarebbe infatti sancita dalla legge al fine di promuovere la stabilità e solidità degli edifici e delle altre cose immobili destinate per loro natura a lunga durata (come ponti o dighe), al fine di tutelare in tal modo l'incolumità personale dei cittadini, ovvero interessi generali inderogabili disancorati dai rapporti negoziali tra le parti. La responsabilità decennale non discenderebbe quindi dal contratto; essa non graverebbe sull'appaltatore in quanto soggetto che ha stipulato un contratto di appalto con il committente, ma in quanto puro e semplice costruttore; con la conseguenza, appunto, che l'art. 1669 c.c. risulta una norma posta a tutela non solo del committente e del compratore dell'immobile, ma di qualsiasi terzo che sia stato danneggiato dalla rovina o dal pericolo di rovina o dai gravi difetti dell'opera.

Accogliendo la natura extracontrattuale della responsabilità, la relativa azione può essere esperita dal committente, dai suoi aventi causa e da qualsiasi terzo, compreso l'acquirente del venditore-costruttore. L'applicazione della norma prescinde dalla circostanza che si tratti in concreto di una vendita di cosa futura (c.d. vendita sulla carta) o della vendita di un immobile già completato. La tesi della natura extracontrattuale consente di estendere la responsabilità ex art. 1669 c.c. anche a carico del venditore-costruttore proprio perché il compratore non agisce nella qualità di suo diretto contraente, ma come un qualsiasi danneggiato; correlativamente, il venditore è chiamato a rispondere non in quanto venditore, ma come costruttore dell'edificio. Per questa via, si conferisce al compratore una maggior tutela di quella che riceverebbe dall'applicazione delle regole dettate in materia di vendita, dal momento che se si applicasse, invece, l'art. 1495, ult. comma, c.c. la garanzia per vizi si prescriverebbe, in ogni caso, dopo un anno dalla consegna. L'art. 1669 c.c. è quindi applicato in ogni ipotesi in cui il venditore sia anche il costruttore dell'immobile.

A dire il vero, anche chi abbraccia la tesi della natura contrattuale della responsabilità in oggetto ammette che l'art. 1669 c.c. possa essere applicato per via analogica alla vendita se l'alienante sia anche costruttore dell'immobile, ma poiché la responsabilità ha fonte nel contratto, occorrerebbe, ai fini di tale estensione, che il costruttore abbia stipulato il contratto di vendita prima di edificare l'immobile[46].

Per chi adotta la tesi della natura extracontrattuale, invece, affinché la responsabilità ex art. 1669 c.c., sebbene dettata in materia d'appalto, sia invocabile anche nei confronti del venditore, è sufficiente che questi abbia provveduto alla costruzione dell'immobile con propria gestione diretta[47]. Occorre cioè che il venditore abbia costruito l'immobile (anche parzialmente) con propri mezzi e direttamente, e quindi assumendosi la responsabilità dell'opera; ciò accade quando egli abbia partecipato in posizione di autonomia decisionale, mantenendo il potere di coordinare lo svolgimento di attività altrui o di impartire direttive e sorveglianza, sempre che i difetti siano riferibili alla sua sfera di esercizio e controllo; ma non è necessario, perché la sua responsabilità sia parificata a quella dell'appaltatore, che si tratti di un costruttore professionale.

Per l'applicazione dell'art. 1669 c.c. non è quindi necessario che esista tra danneggiante e danneggiato l'intermediazione di un contratto di appalto: il rimedio ivi previsto può essere invocato dal terzo, estraneo al contratto di appalto, che tuttavia abbia subito danni dalla rovina dell'immobile.

Non è questa la sede per ripercorrere compiutamente il dibattito sulla natura della responsabilità ex art. 1669 c.c. [48]; basti qui rilevare che le critiche mosse dalla dottrina alla soluzione giurisprudenziale, nonostante la loro fondatezza, non sono riuscite a scalfire l'orientamento che riconosce al rimedio ex art. 1669 c.c. natura aquiliana.

La pervicacia di questa posizione è riconducibile proprio alle menzionate ragioni eminentemente pratiche[49]. Ricondurre l'art. 1669 c.c. al contratto restringerebbe sia la legittimazione attiva sia quella passiva: la prima spetterebbe soltanto al committente e ai suoi aventi causa; la seconda incomberebbe solo sull'appaltatore. Il committente potrebbe agire contro gli altri soggetti, diversi dall'appaltatore, eventualmente responsabili del danno (come progettista, direttore dei lavori, ecc.), solo con l'azione ex art. 2043 c.c. La loro responsabilità sarebbe invece contrattuale nei confronti dell'appaltatore, ex artt. 1228, 2104 o 2236 c.c. Quanto invece alla responsabilità del committente venditore nei confronti dell'acquirente, essa sarebbe regolata dalle norme sulla vendita, e quindi dagli artt. 1495 e 1497 c.c. Chi acquista un immobile sarebbe quindi obbligato a denunciare il vizio entro otto giorni dalla scoperta e ad agire in giudizio entro un anno dalla consegna. Gli sarebbe invece precluso agire contro un soggetto diverso dall'appaltatore, e ciò, «alla luce della notoria volatilità e sottocapitalizzazione delle società operanti in ambito edile, vorrebbe dire, sostanzialmente, inibire la tutela dei diritti dell'acquirente, al punto che, laddove l'art. 1669 c.c. venisse considerato un'ipotesi di responsabilità contrattuale, si potrebbe ipotizzare, con riferimento all'ipotesi del committente/venditore, l'incostituzionalità della disciplina per manifesta irragionevolezza e per violazione dell'art. 24, 1° comma, Cost.»[50].

8. – La divergenza tra i due modelli, vendita e appalto, si affievolisce quando oggetto del contratto sono beni mobili di consumo.

Quando il contratto è stipulato tra un consumatore e un professionista-imprenditore, e ha ad oggetto un bene di consumo (dunque necessariamente un bene mobile fungibile), viene in rilievo la disciplina dettata dagli artt. 128 ss. del Codice di consumo (d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206), i quali si applicano, oltre che alla compravendita, alla permuta e alla somministrazione, anche ai contratti di appalto e d'opera, come pure a tutti i negozi comunque volti alla fornitura di beni di consumo da fabbricare o produrre.

Quando appaltante sia un consumatore e oggetto del contratto un bene mobile di consumo, da intendersi come qualsiasi bene mobile anche da assemblare (art. 128, comma 2, lett. a), non si applicherà la disciplina dell'appalto, ma quella dettata per la garanzia nella vendita dei beni di consumo, la quale tuttavia delinea anch'essa, per l'appaltatore, una responsabilità contrattuale da inadempimento; col vantaggio però, rispetto all'art. 1667 c.c., di non aver adottato l'ambigua espressione "garanzia", che aveva originato un acceso dibattito in ordine alla natura della responsabilità stessa (*supra*, par. 6). Il Codice di consumo prevede peraltro, all'art. 133, la possibilità che le parti concordino una vera e propria garanzia in senso tecnico in favore del consumatore, la quale integrerà la responsabilità da inadempimento regolata dal Codice stesso, che resta impregiudicata.

I termini di prescrizione e di decadenza saranno quelli, più lunghi e di maggior favore per l'appaltatore, di cui all'art. 132 del d.lgs. n. 206.

La protezione del committente è inderogabile ai sensi dell'art. 134 Codice di consumo, che sanziona gli eventuali patti in deroga con una nullità di protezione che può essere fatta valere solo dal consumatore e può essere rilevata d'ufficio

dal giudice. La tutela ruota attorno al “difetto di conformità” del bene e il sistema rimediario si distingue, rispetto alla ordinaria tutela approntata dagli artt. 1667 s. c.c., soprattutto per la previsione del ripristino della conformità (art. 130 c. cons.).

Più precisamente, quanto ai rimedi predisposti in favore del committente quando si tratti di un bene mobile di consumo, le ipotesi di mancanza di vizi e di difformità rientrano nel concetto di conformità del bene, perché l'appaltatore è tenuto a consegnare al consumatore beni conformi al contratto stipulato (art. 129), osservando i criteri legali di conformità alle clausole negoziali che il Codice di consumo delinea espressamente all'art. 129. Tale obbligo non si discosta, ma rappresenta anzi una specificazione del dovere di diligenza e perizia contemplato dall'art. 1176, comma 2, c.c. e ribadito in materia di appalto dall'art. 1662 c.c., che impone all'appaltatore di osservare le regole dell'arte e il contenuto del contratto.

E infatti l'obbligazione di consegnare beni conformi è più vicina alla disciplina dell'appalto che a quella della vendita.

Una differenza di rilievo, semmai, è data dalla consegna dell'opera, intesa dal Codice di consumo, all'art. 130, come momento decisivo per valutare la conformità del bene e per valutare se sussista la responsabilità dell'appaltatore. Proprio al momento della consegna, infatti, si consuma il passaggio del rischio dall'appaltatore al committente, con la conseguenza che quest'ultimo ha un vantaggio in più, rispetto alla disciplina codicistica, per il caso che abbia accettato l'opera ma questa sia ancora detenuta dall'appaltatore.

Il cit. art. 130 pone dei problemi di coordinamento, all'evidenza, con l'art. 1673 c.c., giacché la seconda norma pone totalmente a carico dell'appaltatore, che abbia fornito la materia, il rischio del perimento e del deterioramento dell'opera verificatisi anteriormente all'accettazione del committente o prima della costituzione in mora del committente stesso nella verifica; sicché l'art. 130 cit. pare escludere l'applicazione, nella specie, dell'art. 1673 c.c.[51] Può anche darsi il caso, tuttavia, in cui la consegna del bene abbia preceduto l'accettazione: per quest'evenienza, l'applicazione dell'art. 1673 c.c. sarebbe più protettiva per il committente, rispetto a quella di fonte europea prevista dall'art. 130 Codice di consumo, giacché per il codice civile il rischio non graverebbe ancora sul committente, ma sarebbe a suo carico soltanto se e quando accetti l'*opus*. A questa incongruenza può però porsi riparo grazie all'art. 135 Codice di consumo, che concede al consumatore di ricorrere a norme dell'ordinamento che gli garantiscano una maggior protezione, come è, nella specie, l'art. 1673 c.c.[52].

Quanto ai rimedi approntati a tutela del committente/consumatore, l'art. 130 Codice di consumo prevede soluzioni in buona parte coincidenti con quelle approntate dall'art. 1668 c.c. per vizi e difformità, per il contratto di appalto in generale. Tali rimedi sono, in ordine gerarchico non derogabile: riparazione e sostituzione del bene e, in subordine, risoluzione del contratto e riduzione del prezzo.

La riparazione del bene corrisponde, infatti, alla eliminazione dei vizi e delle difformità di cui al primo comma art. 1668; la riduzione del prezzo è la classica *actio quanti minoris*; la risoluzione ricalca quella di cui al 2° comma art. 1668 c.c.; mentre «carattere veramente innovativo sembra avere solo il rimedio della sostituzione del bene, che nella fattispecie in esame trova la sua ragione di essere nella peculiarità dell'oggetto del contratto, che – almeno in genere, contrariamente ad esempio ad un bene immobile – si presta per sua natura ad essere sostituito senza particolari difficoltà»[53].

Quanto al rimedio estremo della risoluzione, anche il Codice di consumo lo riserva per le ipotesi più gravi, seppure senza pretendere la totale inadeguatezza dell'opera alla sua destinazione come richiesto, invece, dall'art. 1668, comma 2, c.c.

Non compare, infine, alcun riferimento all'azione di risarcimento dei danni, sicché ci si trova innanzi al quesito se debba in proposito valere la norma generale dell'art. 1218 c.c. o quella, specifica dell'appalto, dell'art. 1668 c.c. Le due norme non differiscono, in sostanza, se non nei termini, considerato che se si applica la prima vale la ordinaria prescrizione decennale, se si applica la seconda valgono i brevi termini indicati dall'art. 1667 c.c. Questo problema è superato dall'autorevole opinione che valgano, anche per il risarcimento del danno derivante da difetto di conformità, gli stessi termini brevi che l'art. 132 Codice di consumo prevede per i rimedi di cui all'art. 130, poc'anzi esposti[54].

Sul piano dell'incidenza pratica, se è vero che in settori importanti dell'appalto (si pensi all'edilizia) il rapporto tra appaltatore e committente configura, appunto, un rapporto tra professionista e consumatore, è anche vero che l'art. 128 del Codice del consumo fa esclusivo riferimento ai beni mobili, e tale restrizione dell'oggetto spiega l'assenza di pronunce di rilievo che applichino la suddetta normativa speciale all'appalto. Inoltre, la normativa in parola non si applica agli appalti di servizi e in generale a tutti i contratti aventi a oggetto la fornitura di servizi che non si traducano nella consegna di un bene mobile. Infine, mentre rientrano nella normativa qui esaminata gli appalti di costruzione e, con più incertezze, quelli di riparazione e di modificazione del bene mobile, vanno esclusi gli appalti di manutenzione, perché in essi è centrale il servizio piuttosto che l'*opus* e non è possibile verificare la conformità o meno di un bene al contratto[55].

Note:

[1] Già da questi esempi si capisce come sia divenuta anacronistica l'affermazione secondo cui gli appalti di servizi avrebbero economicamente un'importanza minore degli appalti di opere. L'accresciuta importanza degli appalti di servizi è testimoniata, tra l'altro, dal settore logistico, che secondo i dati forniti da Assologistica genera in Italia un valore superiore ai 110 miliardi di euro. Proprio in ragione dell'imponente ruolo che ha assunto nella prassi, il contratto di logistica ha infine ricevuto un'apposita disciplina con l'inserimento nel codice civile dell'art. 1677 -bis c.c. La riconduzione, in linea di massima, di tale nuovo tipo contrattuale all'appalto di servizi si evince, oltre che dalla collocazione all'interno della disciplina dell'appalto, dalla sua rubrica («Prestazione di più servizi riguardanti il trasferimento di cose»), la quale denota come si tratti di una specie del genere regolato dall'art. 1677 c.c. («Prestazione continuativa o periodica di servizi»).

[2] RRUBINO, *L'appalto*, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 21.

[3] Sulla ulteriore distinzione, interna all'appalto, tra opere e servizi e sulle relative differenze disciplinari, cfr. AALBANESE, *L'appalto*, in *Tratt. dir. comm.*, fondato da V. Buonocore e dir. da R. Costi, Torino, 2023, p. 79 ss.

[4] Cass., 28 luglio 2017, n. 18891, in *Foro it.*, 2018, 6, 1, c. 2169; Cass., 5 maggio 2017, n. 11037, in *CED Cassazione*, 2017, *ivi*, p. 2017; Cass., 15 dicembre 2011, n. 26967, *ivi*, p. 2011; Cass., 11 settembre 1991, n. 9510, in *Mass. Giur. it.*, p. 1991; Cass., 22 luglio 1991, n. 8169, *ivi*, p. 1991. Sulla diversa opzione in tema di appalto, v. per ora Cass., 22 novembre 2013, n. 26233, in *Foro it.*, 2014, 2, 1, c. 512; Cass., 19 agosto 2009, n. 18402, in *Contratti*, 2009, p. 1125.

[5] Cfr. Cass., 27 maggio 2016, n. 11046, in *CED Cassazione*, 2016.

[6] Cass., 14 gennaio 2011, n. 747, in *Giur. it.*, 2011, p. 2522, con nota di Pennazio.

[7] RRUBINO, *L'appalto*, cit., p. 483; MMUSOLINO, *La responsabilità civile nell'appalto*, Padova, 2006, p. 82 ss. Trib. Lodi, 23 giugno 2008, in *www.leggiditalia.it*, ha stabilito che le difformità che in materia di vendita sono definibili come *aliud pro alio datum*, e quindi assoggettabili alla normale azione ex art. 1453 c.c., nell'appalto risultano invece soggette alle azioni di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c. Di conseguenza le prelate difformità devono essere denunciate entro sessanta giorni dalla loro scoperta, ed in ogni caso l'azione si prescrive entro due anni dalla consegna dell'opera. Trib. Pavia, 1° febbraio 1986, in *Giust. civ.*, 1986, I, p. 2938, con nota di Lipari: anche l'ipotesi in cui l'opera eseguita dall'appaltatore sia totalmente diversa da quella pattuita (*aliud pro alio*) è disciplinata dalla particolare normativa di cui agli artt. 1667 e 1668 c.c., che esclude l'applicazione della comune risoluzione per inadempimento prevista dagli artt. 1453 ss. Conf. Trib. Pavia, 19 febbraio 1986, in *Foro pad.*, 1987, I, c. 114.

Un'ipotesi di *aliud pro alio*, ma sembra più un caso di scuola che un'evenienza concreta, è ravvisata quando l'appaltatore, dopo avere eseguito esattamente l'opera, ne consegna al committente un'altra (PPANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016, p. 268 s.; RRUBINO e ILUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 388; MMIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 440).

[8] In tali sensi, tra le tante, Cass., ord., 18 maggio 2012, n. 7942, in *Contratti*, 2012, p. 589; Cass., 15 maggio 2002, n. 7061, *ivi*, 2002, p. 916; in *Urbanistica e appalti*, 2002, p. 1040; Cass., 29 novembre 2001, n. 15167, in *Studium juris*, 2002, p. 524; Cass., 2 agosto 2001, n. 10571, in *Corr. giur.*, 2001, p. 1417; Cass., 4 novembre 1994, n. 9078, in *Mass. Foro it.*, 1994, p. 854; Cass., 20 settembre 1990, n. 9613, in *Giur. it.*, 1993, I, 1, p. 1122, con nota di Musumeci; Cass., 4 agosto 1990, n. 7872, in *Mass. Giur. it.*, 1990. Le menzionate sentenze precisano, ulteriormente, che la valutazione delle difformità o dei vizi deve avvenire in base a criteri obiettivi, ossia considerando la destinazione che l'opera riceverebbe dalla generalità delle persone, mentre deve essere compiuta con criteri subiettivi quando la possibilità di un particolare impiego o di un determinato rendimento siano dedotti in contratto. Un recente approfondimento del tema in AALBANESE, *Lo scioglimento dell'appalto tra normativa speciale e disciplina del contratto in generale*, in *questa rivista*, 2023, p. 494.

[9] Per stabilire la misura del corrispettivo, i contraenti possono anche affidarsi a un arbitratore, ex art. 1349 c.c. Se l'arbitratore è nominato al termine dell'esecuzione, assume la qualifica di liquidatore dei conti: nella prassi, spesso si tratta del soggetto incaricato del collaudo (collaudatore). Cfr. MMIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 403; RRUBINO, *L'appalto*, cit., p. 197 ss. In generale, sulla nomina, di comune accordo tra committente e appaltatore, di un arbitratore che determini il prezzo «con equo apprezzamento», od anche con *arbitrium merum*: GGIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977, p. 112 s.; MMANGINI, IACUANIELLO BRUGGI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997, p. 108; RRUBINO e ILUDICA, *op. cit.*, p. 225 ss.; VVIGNALI, *Formazione del corrispettivo*, in *L'appalto privato*, a cura di Costanza, Torino, 2000, p. 209 ss., p. 223; POLIDORI, *Codice civile, annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, IV, 2, a cura di Perlingieri, Napoli, 2010, p. 1646.

[10] In dottrina, MMOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 715; MMARINELLI, *Il tipo e l'appalto*, Padova, 1996, p. 25. In giurisprudenza, v. Cass., 30 agosto 2004, n. 17386, in *Bollettino legisl. tecnica*, 2004, p. 1054: «la mancata determinazione del corrispettivo, in deroga alla disposizione generale di cui all'art. 1346 c.c., non è causa di nullità del contratto, giacché lo stesso può essere stabilito, ai sensi dell'art. 1657 c.c. in base alle tariffe vigenti o agli usi, e ciò anche quando le parti, pur avendo pattuito il corrispettivo, non abbiano fornita la relativa prova; peraltro, qualora le parti non vi abbiano fatto preciso riferimento, le tariffe del Genio Civile non sono vincolanti ed inderogabili, avendo valore meramente indicativo». V. anche Cass., 5 aprile 2000, n. 4192, in *Urbanistica e appalti*, 2000, p. 745; Cass., 28 agosto 1993, n. 9129, in *Mass. Giur. it.*, 1993.

Osserva in motivazione T.A.R. Puglia Lecce, 13 maggio 2008, n. 1373, che «ai sensi degli artt. 1473, 1474 e 1657 c.c., il prezzo (elemento essenziale in tutti i contratti a prestazioni corrispettive in cui una delle prestazioni consiste nella dazione di una somma di denaro) può essere determinato dalle parti o direttamente o facendo riferimento a tabelle, tariffe, mercuriali, ecc.». MMIRABELLI, *op. cit.*, p. 402, nota 35, sottolinea la differenza tra l'art. 1474 e l'art. 1657: «la prima norma permette la determinabilità estrinseca del prezzo solo quando dal contenuto del contratto si deduca che si è fatto riferimento al giusto prezzo, mentre nella seconda la determinazione ad opera del giudice è applicabile in ogni caso».

[11] Cass., 18 giugno 1975, n. 2429, in *Giust. civ. Mass.*, 1975, p. 1133, e in *Mass. Foro it.*, 1975.

[12] Così CCIANFLONE, *Materiali approvvigionati e risoluzione del contratto di appalto per impossibilità sopravvenuta*, in *Acque bonif. costr.*, 1950, p. 171; RRUBINO, *Fornitura dei materiali e impossibilità sopravvenuta della prestazione nell'appalto*, in *Giur. compl. Cass., civ.*, 1949, III, p. 373. Cfr. Cass., 4 febbraio 1949, n. 164, in *Giur. op. pubbl.*, 1949, I, p. 74.

[13] In tema, specificamente: CCONFORTINI, *Il contratto di appalto*, in *Trattato del Diritto privato*, diretto da S. Mazzamuto, V, tomo 3, parte I, Torino, 2022, p. 7 ss.; FFORCHINO, *Contratto di appalto e vendita di cosa futura: criteri distintivi*, in *Giur. it.*, 2001, p. 2240; MASTROPIETRO, *Differenza fra vendita di cosa futura ed appalto*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 1001; MMUCIO, *Vendita e appalto: criteri distintivi*, in *Contr.*, 2001, p. 57; RRIGANÒ, *Criteri distintivi tra vendita ed appalto*, in *Riv. notar.*, 1998, p. 245; VVOLPE, *Riflessioni in tema di distinzione tra vendita ed appalto*, in *Riv. trim. Appalti*, 1998, p. 150; RRUBINO, *In tema di distinzione fra appalto, contratto d'opera e vendita*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1950, II, p. 40; TTRESCA, *Criteri distintivi tra appalto, somministrazione, locazione d'opera e compravendita*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1951, II, p. 945. Anche la distinzione tra il contratto di somministrazione e quello di appalti di opere va condotta secondo i criteri elaborati per qualificare un contratto come vendita oppure come appalto. Si avrà quindi somministrazione se le cose oggetto della prestazione già esistono; si avrà appalto se le cose sono oggetto di una prestazione di fare e il lavoro prestato risulta quindi preminente sulla materia. I casi più controversi sono quelli in cui la cosa oggetto del contratto di somministrazione richieda una lavorazione da parte del somministrante, prima della consegna. Per consolidata giurisprudenza, se l'attività di fare è strumentale rispetto all'erogazione, si resta nell'ambito della somministrazione; se prevalente è invece il lavoro prestato, si ha appalto (Cass., 11 marzo 1959, n. 698, in *Mass. Foro it.*, 1959; Cass., 2 agosto 2002, n. 11602, in *Arch. civ.*, 2003, p. 660; Cass., sez. lav., 27 agosto 2003, n. 12546, cit.; in *Contratti*, 2004, p. 390; Trib. Milano, 6 dicembre 2011, in *www.leggiditalia.it*).

[14] Cass., 18 maggio 2001, n. 6851, in *Vita not.*, 2001, p. 829; Cass., 20 luglio 1991, n. 8118, in *Foro it.*, 1992, I, c. 783; Cass., 5 settembre 1989, n. 3854, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 596, con nota di D'Aliberti.

[15] Sul criterio della prevalenza del lavoro sulla materia: DDE TILLA, *L'appalto privato: percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2011, p. 6 ss.; UUGAS, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 51 ss.; VVAZZANA, *Prevalenza del fare rispetto al dare: allora si è in presenza di un contratto di appalto!*, in *Dir. e Giust.*, 2012, p. 1047. In giurisprudenza: Cass., 31 maggio 2016, n. 11234, in *CED Cassazione*, 2016; Cass., 24 luglio 2008, n. 20391, in *Giur. it.*, 2009, p. 588. Il principio è applicato soprattutto in materia tributaria, essendo il criterio seguito dal D.P.R. n. 633 del 1972; cfr. Cass., 20 aprile 2006, n. 9320, in *Mass. Giur. it.*, 2006: «Ai fini della differenziazione tra i contratti di appalto e di vendita (di cosa futura), costituisce criterio fondamentale quello della prevalenza o meno del lavoro sulla fornitura della materia, mentre il riferimento alla comune intenzione delle parti rappresenta criterio suppletivo». (Sulla base dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto quindi immune da censura l'apprezzamento del giudice di merito, che – agli effetti della determinazione dell'aliquota IVA – aveva qualificato le operazioni imponibili come vendite e non come appalti, sul duplice rilievo che i corrispettivi pattuiti per la messa in opera dei materiali risultavano sensibilmente inferiori a quelli per la loro cessione e che nelle relative fatture le stesse parti avevano qualificato i negozi come vendite).

[16] Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, in *Urbanistica e appalti*, 2008, p. 850; in *Corr. giur.*, 2008, p. 1380, con note di Clarich e Fidone: «L'effetto giuridico è indipendente dalla rappresentazione che se ne faccia l'agente, il quale nessuna diretta influenza potrà esercitare su di esso». Sulla volontà delle parti quale criterio di riferimento in caso di insufficienza di quello della prevalenza: RRESCIGNO, voce *Appalto*. I) *Diritto privato*, in *Enc. giur.*, II, Roma, 1988, p. 2. PPANETTA, *Il contratto di appalto*, Torino, 2016, p. 19 ss.; SSTOLFI, «*Appalto (contratto di)*», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 633.

In giurisprudenza: Cass., 30 giugno 1982, n. 3944, in *Giur. it.*, 1984, I, 1, c. 178; Cass., sez. un., 9 giugno 1992, n. 7073, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, p. 1073; Cass., 29 aprile 1993, n. 5074, in *Mass. Giur. it.*, 1993; Cass., 30 marzo 1995, n. 3807, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 1996, p. 3394; Cass., 21 maggio 2001, n. 6925, in *Giur. it.*, 2001, p. 2240, con nota di Forchino; Cass., 24 luglio 2008, n. 20391, in *Giur. it.*, 2009, p. 588.

[17] Cass., 18 agosto 2021, n. 23110, in *CED Cassazione*, 2021; Cass., sez. un., 12 maggio 2008, n. 11656, cit.: «Infondato è l'assunto della sentenza impugnata, secondo cui con lo schema della vendita di cosa futura sarebbe incompatibile la previsione di acconti. Incompatibile con la vendita di cosa futura non è l'acconto di per sé, quanto la previsione di acconti in corso d'opera in relazione a stati di avanzamento dei lavori, propri, invece dell'appalto. Mentre nell'appalto l'acconto si giustifica in virtù del SAL e dunque di una parziale esecuzione dell'oggetto del contratto, nella vendita di cosa futura l'adempimento dell'alienante si configura solo con il completamento del bene, per cui antecedentemente non è previsto un pagamento per un "parziale" adempimento». Nello specifico, nello schema di contratto era stato previsto un pagamento (di 14 milioni di Euro) non come "acconto d'opera", ma come anticipazione di pagamento di parte del prezzo finale. Le Sezioni Unite hanno ritenuto egualmente infondato l'assunto della sentenza impugnata, secondo cui la previsione di un termine di ultimazione dei lavori sarebbe tipica dell'appalto e normalmente estranea all'ipotesi

contratto di vendita: «Infatti, allorché la vendita di cosa futura preveda che la cosa venga ad esistenza attraverso il comportamento dell'alienante e che, quindi, sia pure quale elemento accessorio, sia prevista un'attività di questi, è perfettamente conciliabile con tale schema contrattuale la fissazione di un termine entro cui detta cosa futura debba venire ad esistenza».

Ritenuti, quindi, insussistenti gli elementi posti dalla sentenza impugnata a base della qualificazione del contratto in questione quale contratto di appalto, le Sezioni Unite sono passate a esaminare gli elementi che facevano qualificare detto contratto come vendita di cosa futura: premesso che «il *nomen iuris* dato dalle parti allo schema contrattuale in questione di per sé non è rilevante (...), l'interesse dell'amministrazione non era tanto quello di ottenere il suolo per una successiva trasformazione del medesimo, quanto l'acquisizione di un edificio già realizzato rispetto al quale sia l'acquisto del suolo che il lavoro del costruttore appaiono come elementi indispensabili, ma comunque accessori, rispetto all'oggetto effettivo del contratto».

[18] [Cass., 24 luglio 2000, n. 9662](#), in *Contratti*, 2001, p. 118, con nota di Timpano; [Cass., 8 febbraio 2006, n. 2642](#), in *Mass. Giur. it.*, 2006; [Cass., 28 febbraio 1987, n. 2161](#), in *Mass. Giur. it.*, 1987; [Cass., 24 luglio 2008, n. 20391](#), cit. Per la giurisprudenza più risalente: [Cass., 28 luglio 1956, n. 2943](#); [Cass., 19 gennaio 1956, n. 145](#), in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 869; [Cass., 16 luglio 1954, in Foro it., 1955, I, c. 569 \(quest'ultima sentenza si è discostata dalla qualificazione che del contratto avevano dato le parti: per una si trattava di una vendita di cosa futura, per l'altra di un mandato senza rappresentanza. La Suprema Corte ha invece ritenuto trattarsi di appalto. Nella specie, il proprietario del suolo aveva conferito l'incarico di elevare una costruzione sul fondo, obbligandosi a pagarne l'importo alla fine dei lavori, in base a stima dei costi di produzione da effettuarsi dall'Ufficio del genio civile\).](#)

[19] [Cass., 30 giugno 2009, n. 15368](#), in *Mass. Foro it.*, 2009, e *pluribus*, tra le recenti, [Cass., 24 luglio 2008, n. 20391](#), cit.; [Cass., 2 agosto 2002, n. 11602](#), in *Arch. civ.*, 2003, p. 660; [Cass., 21 maggio 2001, n. 6925](#), cit.; [Cass., 21 giugno 2000, n. 8445](#), in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 87; [Cass., 17 dicembre 1999, n. 14209](#), in *Contratti*, 2000, p. 266; [Cass., 12 aprile 1999, n. 3578](#), *ivi*, 1999, p. 669.

[20] Nel primo senso, CCIANFLONE, *L'appalto di opere pubbliche*, Milano, 1976, p. 105 ss.; nel secondo: RRUBINO, *L'appalto*, cit., p. 26; [Cass., 20 aprile 2006, n. 9320](#), in *Contratti*, 2007, p. 21, con nota di Carnevali; in *Giur. Bollettino legis. tecnica*, 2007, p. 48: «Ai fini della differenziazione tra i contratti di appalto e di vendita (di cosa futura), costituisce criterio fondamentale quello della prevalenza o meno del lavoro sulla fornitura della materia, mentre il riferimento alla comune intenzione delle parti rappresenta criterio suppletivo». (Sulla base dell'enunciato principio, la S.C. ha ritenuto quindi immune da censura l'apprezzamento del giudice di merito, che – agli effetti della determinazione dell'aliquota IVA – aveva qualificato le operazioni imponibili come vendite e non come appalti, sul duplice rilievo che i corrispettivi pattuiti per la messa in opera dei materiali risultavano sensibilmente inferiori a quelli per la loro cessione e che nelle relative fatture le stesse parti avevano qualificato i negozi come vendite).

[21] App. Palermo, 13 aprile 1951, in *Foro it.*, 1952, I, c. 503; App. Torino, 15 giugno 1949, in *Foro pad.*, 1949, II, c. 80. Si tratta però di appalto (e non di vendita su campione) quando una parte consegna un progetto artigianale e approssimativo, che funga da base affinché l'altra parte, agendo in autonomia nell'esecuzione della prestazione (il che esclude altresì la qualifica di appalto "a regia"), realizzi un prodotto in serie destinato alla commercializzazione (nella specie, sedie). Un tale progetto non può fungere da campione idoneo a servire da modello per il controllo della conformità della cosa consegnata a quella pattuita ([Cass., 20 febbraio 2008, n. 4364](#), in *Contratti*, 2008, p. 706).

In dottrina, sul criterio in base al quale le cose oggetto di un'ordinaria serie produttiva ineriscono alla vendita e non all'appalto, v. GGRECO-COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. Scaloja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 82 ss.; CCOTTINO, *Diritto commerciale*, II, Padova, 1978, p. 361 s.: «la vendita di cose rientranti nella normale produzione del venditore, anche se conclusa con quest'ultimo direttamente – e nella produzione di serie è sempre più raro che ciò accada in quanto si passa attraverso commissionari, agenti e piazzisti – si distingue dall'appalto e dalla locazione d'opera. Manca in essa la cosiddetta *faciendi necessitas*, fondata sul rapporto di prevalenza, in senso soggettivo, con riferimento cioè alla volontà delle parti, dell'elemento lavoro su quella materia».

[22] Esaminato dalla cit. [Cass., 30 giugno 2009, n. 15368](#).

[23] [Cass., 17 marzo 1953, n. 661](#), in *Riv. dir. comm.*, 1953, II, p. 345; [Cass., 17 gennaio 2014, n. 872](#), in *Notariato*, 2014, p. 164 (inerente a un contratto per la fornitura e la messa in opera di un ascensore: l'impresa installatrice non era né il produttore né il rivenditore dell'ascensore, e non aveva venduto un ascensore con l'impegno di installarlo, ma si era impegnata ad installare un ascensore, o meglio, a realizzare un impianto ascensore funzionante, mediante la fornitura dello stesso ascensore. Orbene, quando l'attività di installazione di un bene risulta autonoma rispetto a quella di produzione e vendita, la materia viene in considerazione soltanto quale strumento per la realizzazione di un'opera o per la prestazione di un servizio: si è dunque in presenza di un contratto di appalto. Pertanto, come già era stato affermato dal Tribunale e dalla Corte di appello, la S.C. ha confermato che il rapporto era riconducibile al contratto di appalto e non a quello della vendita, come in tutti i casi in cui vi è un fare cui si accompagna un dare e non, invece, un dare cui si accompagna un *facere*).

[24] [Cass., 12 marzo 2018, n. 5935](#), in *CED Cassazione*, 2018, ha confermato la qualificazione come vendita di un contratto avente a oggetto la fornitura e l'installazione di un pavimento modulare sopraelevato, trattandosi di un prefabbricato realizzato in via ordinaria e seriale e destinato ad essere assemblato ed appoggiato al piano calpestabile senza divenire parte integrante dell'immobile.

[25] [Cass., 20 novembre 2012, n. 20301](#), in *Giur. it.*, 2013, p. 2516, con nota di AANDREANI, *La Suprema Corte affronta la questione relativa alla sorte del contratto di appalto nell'ipotesi di mancanza della licenza edilizia relativa al costruendo edificio*. Si veda anche la fattispecie, analoga, di cui alla citata [Cass., 30 marzo 1995, n. 3807](#) (anche in tal caso, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva qualificato come appalto il contratto col quale l'imprenditore si era obbligato a fornire al committente un capannone prefabbricato da installare e porre in opera nel luogo indicato dal committente).

[26] Per i giudici merito, e in particolare per un caso di applicazione sia della normativa sia della giurisprudenza inerente la vendita, cfr. Trib. Modena, 3 settembre 2008, in [www.leggiditalia.it](#), che dopo aver qualificato il contratto come vendita ne ha dedotto come «conseguenza logico-giuridica assorbente» la decadenza in cui l'opponente è incorso nella denuncia degli asseriti difetti della merce compravenduta, alla luce dell'insegnamento ([Cass., 10 aprile 2000, n. 4496](#), in *Mass. Giur. it.*, 2000; [Cass., 8 gennaio 1996, n. 49](#), in *Dir. maritt.*, 1998, p. 74, con nota di Abbate) secondo il quale nella vendita di cose mobili da trasportare da un luogo all'altro il termine per la denuncia dei vizi e dei difetti di qualità apparenti decorre dal giorno della consegna delle stesse all'acquirente, imponendosi al medesimo un onere di diligenza nell'esaminare la cosa, quantomeno a campione. In ogni caso, quale condizione di proponibilità della domanda di garanzia, spetta all'acquirente la prova della tempestività in ordine alla denuncia dei pretesi vizi e difetti della *res empti*: «L'onere della prova di aver denunciato al venditore i vizi della cosa venduta entro otto giorni dalla scoperta incombe sul compratore, in quanto tale denuncia costituisce una condizione per l'esercizio della azione redibitoria o *quantum minoris*» (cfr. *ex multis*, [Cass., 28 gennaio 1997, n. 844](#), in *Mass. Giur. it.*, 1997, e [Cass., 26 ottobre 2005, n. 20682](#), *ivi*, 2005, quest'ultima relativamente all'esigenza di prova non generica della tempestività della contestazione).

[27] [Cass., 28 febbraio 1987, n. 2161](#), cit. Nel caso di specie, rilevavano due circostanze (riscontrate dalla corte del merito): a) che il produttore-venditore produceva in serie mobili e serramenti da fornire a richiesta; b) che l'80% del prezzo pattuito era riferibile a tali beni già pronti nel laboratorio e solo il restante 20% costituiva il compenso per il lavoro occorrente per adattarli al fabbricato e per porli in opera. Pertanto, in sostanza, dai giudici d'appello era stato ritenuto che la fornitura di tapparelle, portoncini ed accessori fosse nettamente prevalente, nell'economia del contratto, sulle successive, accessorie prestazioni lavorative del fornitore. Quindi, per la Cassazione, la controversia andava risolta in base alle norme che regolano il contratto di compravendita.

In senso analogo, in altra occasione, la S.C. ha ritenuto immune da censura l'apprezzamento del giudice di merito, che – agli effetti della determinazione dell'aliquota IVA – aveva qualificato le operazioni imponibili come vendite e non come appalti, sul duplice rilievo che i corrispettivi pattuiti per la messa in opera dei materiali risultavano sensibilmente inferiori a quelli per la loro cessione e che nelle relative fatture le stesse parti avevano qualificato i negozi come vendite ([Cass., 20 aprile 2006, n. 9320](#), in *Contratti*, 2007, p. 21, con nota di Carnevali; in *Giur. Bollettino legis. tecnica*, 2007, p. 48).

[28] RRUBINO, *L'appalto*, cit., p. 24. V. anche SSTOLFI, «Appalto (contratto di)», in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 632 ss.

[29] Cfr. [Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199](#), in *Giur. it.*, 1998, p. 1808; [Cass., 28 febbraio 1987, n. 2161](#), cit.; [Cass., 26 aprile 1984, n. 2626](#), in *Giur. it.*, 1985, I, 1, c. 500.

[30] [Cass., 2 dicembre 1997, n. 12199](#), cit. Nella fattispecie, la Corte d'Appello, nel confermare la decisione dei giudici di primo grado, aveva riconosciuto prevalenti, nel contratto intercorso fra le parti, gli elementi della vendita rispetto a quelli del contratto d'opera per due ordini di motivi: a) perché i beni oggetto della fornitura avevano caratteristiche standardizzate ed erano finalizzati alla composizione di una cucina il cui adattamento e montaggio dei mobili prodotti in serie erano da ritenere mere prestazioni accessorie della vendita essendo i costi dei vari elementi di gran lunga prevalenti rispetto a quello della messa in opera; b) perché non risultava provato che fosse stata pattuita anche la costruzione di arredo da cucina e di una parete divisoria. La ricorrente deduceva che dall'esame della consulenza tecnica emergeva non soltanto che oggetto del contratto era anche la realizzazione di una parete attrezzata ma che erano stati, altresì, riscontrati veri e propri difetti costruttivi. Per la Suprema Corte, tuttavia, «quello che conta è non tanto se nell'accordo intercorso fra le parti vi siano stati o meno anche elementi del contratto d'opera, ma se questi siano stati prevalenti rispetto a quelli della vendita atteso che è stato riconosciuto si tratti di un contratto misto. E poiché, come hanno rilevato con un ineccepibile giudizio in fatto, incensurabile in questa sede, i giudici di merito, i pur esistenti elementi del contratto d'opera sono stati, nell'economia dell'intero contratto, talmente modesti da doverli considerare addirittura quali mere prestazioni accessorie della vendita essendo i costi dei beni, oggetto della fornitura, di gran lunga superiori rispetto a quelli dell'opera di adattamento e all'allocazione degli stessi, il motivo di gravame non può che essere disatteso». Nel respingere il ricorso, la Corte ha chiarito che la ricorrente/committente mirava a risolvere il contrasto in ordine all'effettiva entità del proprio debito, da accertarsi mediante la quantificazione del «valore» dei vizi, e non ad ottenere l'esatto

adempimento degli obblighi contrattuali con la sanzione riparatoria di cui all'art. 2931 c.c. che poteva sì richiedersi, attenendosi allo schema legale del contratto d'opera, ai sensi dell'art. 1668 c.c., richiamato dall'art. 2226 dello stesso codice, ma che ha di fatto rinunciato a richiedere.

[31] Cass., 22 marzo 1999, n. 2661, in *Contratti*, 1999, p. 992, con nota di Maggi; in *Notariato*, 1999, p. 307: una cliente aveva chiesto, unitamente al risarcimento dei danni, che fosse dichiarato risolto, per inadempimento della convenuta, il contratto concluso dalle parti, in virtù del quale la convenuta, concessionaria della Olivetti, aveva fornito all'attrice ed installato nella sua farmacia un sistema completo, comprendente un nuovissimo programma per la gestione delle farmacie e l'apparecchiatura necessaria al suo funzionamento.

La giurisprudenza è orientata verso un inquadramento di questo tipo di rapporti nell'ambito della categoria dei contratti atipici, o alternativamente nell'ambito del contratto di appalto o di un contratto misto di compravendita e di prestazioni d'opera ovvero del contratto d'opera con prestazione di materia e garanzia del risultato. V. Cass., 9 agosto 2013, n. 19131, in *CED Cassazione*, 2013, ha affermato che a prescindere dalla qualificazione del contratto come vendita o appalto, l'obbligo di fornire e mettere in funzione un sistema computerizzato di *software* applicativo (nella specie, per la realizzazione e la gestione di una banca dati) è un'obbligazione di risultato, sicché, qualora il medesimo risultato contrattuale sia mancato, l'utente può chiedere la risoluzione del contratto. Ha comunque approvato la qualificazione del contratto data dal giudice di merito, il quale aveva ravvisato – sulla base del criterio della prevalenza – un appalto di servizi.

[32] Cass., 9 novembre 2005, n. 21773, in *Contratti*, 2006, p. 602. Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza impugnata, che aveva qualificato apoditticamente il contratto in questione come vendita di cosa futura, escludendo quindi che in relazione ad esso fosse dovuta l'INVIM, senza porsi affatto il problema della sua possibile qualificazione come vendita di cosa esistente con impegno del venditore a completare i lavori di ristrutturazione.

[33] Cass., 9 novembre 2005, n. 21773, cit.; Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, in *Contratti*, 2001, p. 776, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, p. 295; Cass., 21 novembre 1997, n. 11643; Cass., 24 gennaio 1992, n. 811, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, p. 298; Cass., 12 giugno 1987, n. 5147, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Appalto*, n. 89.

[34] RRUBINO, *Della vendita*, in *Comm. Scaloja e Branca*, Bologna-Roma, 1981, p. 30, nt. 3. Cfr. Cass., 30 marzo 1967, n. 683, in *Mass. Giur. it.*, 1967; Cass., 20 ottobre 1997, n. 10256, in *Giur. it.*, 1999, p. 249.

[35] È legittima la permuta di cosa presente (con conseguente effetto traslativo immediato della proprietà) con una cosa futura ovvero soltanto generica (abbisognevole, pertanto, di individuazione nell'ambito del relativo *genus*) la cui proprietà venga, invece, trasferita in un momento successivo (all'atto cioè della rispettiva venuta ad esistenza o specificazione), realizzandosi in tal caso l'effetto traslativo immediato con riguardo alla cosa presente e la contestuale nascita dell'obbligazione, per il ricevente, di tenere il comportamento necessario affinché la *res*, futura o generica, sia a sua volta trasferita in proprietà alla controparte, per effetto della sua venuta ad esistenza o specificazione (Cass., 20 ottobre 1997, n. 10256, cit.).

[36] Cass., 12 aprile 2001, n. 5494, cit. Nel caso di specie la S.C. ha ritenuto che il contratto avente ad oggetto la promessa di vendita di un appezzamento di terreno, ai fini della costruzione di un edificio con coevo affidamento in appalto all'altro contraente della costruzione delle unità abitative, non sia qualificabile permuta avuto riguardo al rilievo teleologicamente essenziale che nella volontà delle parti ha assunto la costruzione del fabbricato. Inoltre: Cass., 4 maggio 2006, n. 10257, in *Notariato*, 2006, p. 536; Cass., 25 gennaio 2007, n. 1623, in *CED Cassazione*; Cass., 21 novembre 1997, n. 11643, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, p. 297: «Il contratto avente ad oggetto la cessione di un'area edificabile in cambio di un appartamento sito nel fabbricato che sarà realizzato a cura e con i mezzi del cessionario può integrare tanto gli estremi della permuta tra un bene esistente ed un bene futuro quanto quelli del negozio misto caratterizzato da elementi propri della vendita e dell'appalto, ricorrendo la prima ipotesi qualora il sinallagma contrattuale consista nel trasferimento della proprietà attuale in cambio della cosa futura (l'obbligo di erigere il manufatto collocandosi, conseguentemente, su di un piano accessorio e strumentale), verificandosi la seconda ove, al contrario, la costruzione del fabbricato assuma rilievo centrale all'interno della convenzione negoziale, e la cessione dell'area costituisca soltanto lo strumento prodromico onde conseguire tale primario obiettivo». Negli stessi termini già Cass., 24 gennaio 1992, n. 811, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2006, p. 298. Trib. Salerno, 2 aprile 2012, ha stabilito che il contratto, col quale era stato trasferito un appezzamento di terreno, ai fini della costruzione di un edificio con coevo affidamento in appalto all'altro contraente diretto alla costruzione delle unità abitative, non era qualificabile come permuta, perché nella volontà delle parti assumeva rilievo essenziale e fondamentale la costruzione del fabbricato. Ciò si evinceva chiaramente sia dalla circostanza dell'alienazione del terreno direttamente ai costruttori, sia dal contenuto delle clausole contrattuali che disciplinavano in modo dettagliato le opere da eseguire e le loro caratteristiche, nonché le conseguenze della mancata esecuzione delle stesse nel termine fissato dalle parti. Erano inoltre stati stipulati due atti separati, il primo diretto alla mera alienazione del terreno ed il secondo alla disciplina dell'appalto, con la previsione nel secondo atto di una rinuncia da parte di taluni degli alienanti al corrispettivo dovuto per la cessione del terreno. Il Tribunale ha quindi dedotto che il contratto aveva effetti obbligatori, con conseguente rigetto della domanda, avente ad oggetto la pronuncia di una declaratoria di trasferimento della proprietà.

[37] Cass., 23 marzo 2004, n. 5757, in *Notariato*, 2004, p. 348.

[38] RRUBINO e ILUDICA, *Dell'appalto*, in *Comm. c.c. Scaloja-Branca*, Bologna-Roma, 2007, p. 91 s. Per GGIANNATTASIO, *L'appalto*, in *Trattato dir. civ. comm.*, diretto da A. Cicu-F. Messineo - L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 1977, p. 52, invece, il rimedio ex art. 2932 c.c. sarebbe possibile quando è il committente a essere inadempiente, perché detta norma allude al «trasferimento di un altro diritto».

[39] Sulla natura della «garanzia» degli artt. 1667 e 1668 c.c., e le posizioni in proposito di dottrina e giurisprudenza, cfr. CCOSENTINO, *La responsabilità civile dell'appaltatore, del progettista e del direttore dei lavori*, in U. Draetta, C. Vaccà (cur.), *Il contratto internazionale d'appalto*, Milano, 1992, p. 165 s.; MMUSOLINO, *Norme generali e norme speciali per le obbligazioni nascenti dal contratto di appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, II, p. 235; RRUSO, CRIACO, *L'appalto privato*, in *Giurisprudenza critica* diretta da Cendon, Torino, 2005, p. 399 ss.; PPOLIDORI, *Appalto*, in *Tr. Dir. Civ. CNN*, dir. P. Perlingieri, IV, 23, Napoli, 2015, p. 263 s.

[40] La quale infatti, come si vedrà, rimane sullo sfondo e operativa, sebbene nei soli casi in cui l'opera non sia stata eseguita o completata. Cfr. RRUBINO, *L'appalto*, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 477 ss., p. 531: «non è che l'appaltatore, oltre all'obbligo di eseguire l'opera, e separatamente da questo, garantisca anche che l'opera risulti immune da vizi e difformità. È invece la stessa obbligazione di eseguire l'opera che (...) ha per suo contenuto di eseguirla senza difetti o difformità; se ciò non avviene si ha inesatto adempimento. Questa responsabilità si caratterizza quindi non per l'obbligazione violata, ma per la forma dell'inesatto adempimento»; RRUBINO e ILUDICA, *op. cit.*, p. 395; MMIRABELLI, *Dei singoli contratti*, in *Comm. Utet*, Libro IV, tomo 3°, Torino, 1991, p. 438 ss.; SSTOLFI, voce *Appalto (contratto di)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 629 ss., p. 660; AALBANO, *Ancora in tema di eliminazione dei vizi nell'appalto*, in *Foro it.*, 1957, I, c. 452; VVOLTAGGIO-LUCCHESI, *Vizi, difetti e difformità dell'opera nell'appalto*, Palermo, 1952, p. 92 ss.; MMOSCARINI, *L'appalto*, in *Tratt. Rescigno*, 11, Torino, 1984, p. 738; MMANGINI, ILACUANIello BRUGGI, *Il contratto di appalto*, in *Giur. sist. Bigiavi*, Torino, 1997, p. 262; LLUCCHINI GUASTALLA, *Le risoluzioni di diritto per inadempimento dell'appaltatore*, Milano, 2002, p. 78 ss.; LLAPERTOSA, *La garanzia per vizi nella vendita e nell'appalto*, in *Giust. civ.*, 1998, p. 45 ss., specialmente 46; MMUSOLINO, *La funzione delle norme di diritto comune rispetto alla responsabilità nell'appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1994, II, p. 235; GGIANNATTASIO, *ult. op. cit.*, 192 s. Una puntuale ricostruzione del dibattito e delle relative ricadute in ordine all'onere della prova, in GGRAZZINI, *Natura giuridica della garanzia per vizi nell'appalto e nella vendita e onere della prova in materia di inadempimento contrattuale*, in *questa rivista*, 2013, p. 466 ss., ove anche una diffusa trattazione della contrapposizione tra il concetto di garanzia e quello di responsabilità. Per l'Autrice (p. 474), «qualunque sia la soluzione che si predilige in ordine al requisito della colpa, appare certamente condivisibile l'opzione interpretativa secondo cui la realizzazione dell'opera immune da vizi e difformità costituisce l'oggetto dell'obbligazione principale e non di una separata e diversa obbligazione di garanzia».

Cass., 7 febbraio 1983, n. 1016, in *Giust. civ.*, 1984, I, p. 273, con nota di Marinelli: «La garanzia dell'appaltatore per le difformità ed i vizi dell'opera si configura non come una garanzia in senso tecnico, ma come un'esplicazione particolare della comune responsabilità per inadempimento, attuabile con la riduzione proporzionale del prezzo o con l'eliminazione delle carenze a spese dell'appaltatore, la quale, secondo l'alternativa della legge, comporta per quest'ultimo l'obbligo di procedere direttamente ai lavori di correzione e riparazione, senza ulteriore compenso, restandone quindi escluso l'onere di rimborsare al committente le spese di rifacimento; ne consegue che la domanda del committente di condanna dell'appaltatore al pagamento della somma necessaria per eliminare i vizi dell'opera non costituisce una mera modalità esecutiva della richiesta di eliminazione dei vizi, bensì si inquadra nell'ambito dell'obbligo di riduzione del prezzo, assumendo il riferimento ai vizi funzione parametrica della somma all'uopo richiesta». Cfr. anche Cass., 15 marzo 2004, n. 5250, in *Giur. Bollettino legisl. tecnica*, 2004, p. 419; Cass., 27 aprile 1989, n. 1948, in *Mass. Foro it.*, 1989; Cass., 7 novembre 1984, n. 5624, in *Rep. Giust. civ.*, 1984, p. 33; Cass., 18 gennaio 1980, n. 432, in *Mass. Giur. it.*, 1980. Tra i giudici di merito, chiarisce Trib. Firenze, 12 dicembre 1959, in *Mass. Foro it.*, 1959, che «la prestazione di tale garanzia va intesa come contenuto costante del contratto di appalto e logica conseguenza del principio dell'assunzione del rischio di gestione da parte dell'appaltatore; essa si inserisce nello stesso obbligo di prestazione facente carico all'appaltatore, in quanto costui è tenuto a fornire l'opera nella sua concreta efficienza obiettiva e soggettiva quindi immune in ogni caso da vizi e difformità».

[41] Si tratta di tesi per lo più risalente: BBARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1948, III, p. 355 ss.; GGRAZZIANI, *Manuale di diritto commerciale*, Napoli, 1961. Più di recente, MMARINELLI, *I vizi dell'opera e la garanzia per i difetti*, in *L'appalto privato. Tratt.* diretto da Costanza, Torino, 2000, p. 126; SSIBILLE, *La garanzia per vizi o difformità dell'opera nel contratto d'appalto*, in *Corr. amm.*, 1967, p. 403.

[42] MMARINELLI, *ult. op. cit.*, p. 126.

[43] Cfr. Cass., sez. un., 21 giugno 2005, n. 13294, in *Mass. Foro it.*, 2005.

[44] La valutazione circa l'applicabilità della disciplina prevista dall'art. 1667 s. c.c. o di quella di cui all'art. 1669 c.c. (ed il conseguente accertamento dei relativi termini di decadenza e prescrizione) costituisce un giudizio di fatto incensurabile in sede di legittimità se sorretto da motivazione esauriente e logica. Cfr. Cass., 22 maggio 2015, n.

10658 ; Cass., 20 novembre 2007, n. 24143 , in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2008, I, p. 680, con nota di Marinucci; in *Contratti*, 2008, 673, con nota di Lamanuzzi; Cass., 16 luglio 2001, n. 9636 , in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 1963; Cass., 1° marzo 2001, n. 3002 , in *Corr. giur.*, 2001; Cass., 13 dicembre 1999, n. 13969 , in *Mass. Giur. it.*, 1999; Cass., 21 aprile 1994, n. 3794 , in *Mass. Giur. it.*, 1994; App. Genova, 27 ottobre 2000, in *Giust. civ.*, 2001, con nota di Donadoni (che a proposito della costruzione di un edificio funerario ha affermato che il vizio meramente estetico del manufatto, non integrando un difetto funzionale riconducibile alla fattispecie dell'art. 1669 c.c., ricadesse nella disciplina della garanzia per difformità e vizi dell'opera di cui all'art. 1667 c.c., e avrebbe dovuto essere denunciato all'appaltatore, a pena di decadenza, entro sessanta giorni dalla scoperta); anche per Trib. Roma, 20 luglio 2000, in *Giur. romana*, 2000, «la garanzia per i vizi dell'opera appaltata è soggetta al termine di prescrizione biennale, ex art. 1667 c.c., quando il vizio incide su elementi decorativi o accessori, mentre è soggetta al più lungo termine decennale, ex art. 1669 c.c., quando il vizio incide negativamente sugli elementi strutturali essenziali e quindi sulla solidità, efficienza e durata dell'opera». (Nella specie, è stata ritenuta soggetta al termine di prescrizione biennale l'azione di garanzia avente ad oggetto l'eliminazione di infiltrazioni d'acqua provenienti dal tetto; mentre è stata ritenuta soggetta al termine di prescrizione decennale l'azione di garanzia avente ad oggetto la ricostruzione della copertura del vano scale).

[45] La tesi della natura extracontrattuale è ormai da tempo pacifica in cassazione. Tra le più recenti: Cass., ord. 19 ottobre 2021, n. 28859 ; Cass., 18 ottobre 1983, n. 6122, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Appalto*, n. 92; Cass., 20 novembre 1970, n. 2453; Cass., 28 gennaio 2005, n. 1748 , in *Mass. Foro it.*, 2005; Cass., 31 marzo 2006, n. 7634 , in *Giust. civ. Mass.*, 2006; Cass., 31 maggio 2007, n. 12790 , *ivi*, 2007; Cass., 13 gennaio 2014, n. 467 , in *Giur. it.*, 2014, p. 1338, con nota di Pellegrino; Cass., 14 gennaio 2014, n. 632 , in *Contratti*, 2014, p. 421, con nota di Passarella; Cass., sez. un., 3 febbraio 2014, n. 2284 , in *Foro it.*, 2014, I, c. 2178; Cass., 5 giugno 2014, n. 12675 , in *Foro pad.*, 2014, I, c. 312; Cass., 10 settembre 2002, n. 13158 , in *Arch. civ.*, 2003, p. 790; in *Contratti*, 2003, p. 148, con nota di Carnevali; Cass., 18 giugno 2014, n. 13882 , in *Riv. giur. edil.*, 2014, I, p. 781; Cass., 4 marzo 2016, n. 4319 , in *Rep. Foro it.*, 2016, voce *Appalto*, n. 3; Cass., 14 dicembre 1993, n. 12304 . Tra le pronunce più risalenti: Cass., 20 giugno 1978, n. 3029, in *Mass. Giust. civ.*, 1978; Cass., 12 aprile 1957, n. 1253, in *Giust. civ.*, 1957, I, p. 1574; Cass., 15 giugno 1955, n. 1825, in *Foro it. Rep.*, 1948, voce *Appalto*, n. 12; Cass., 15 gennaio 1948, n. 49, in *Foro pad.*, 1948, I, c. 398.

Tra gli Studiosi, ritengono che la norma citata configuri una responsabilità di tipo extracontrattuale: SSACCOMANI, *Sulla garanzia decennale ex art. 1669 c.c. e sulla nozione di gravi difetti nell'appalto*, in *Riv. giur. edil.*, 1976, I, p. 355 ss.; CCARNEVALI, *Sui rapporti tra l'art. 1669 c.c. e l'art. 2043 c.c.*, in *Resp. civ. e prev.*, 1978, p. 432 ss.; CCUNEO, *Appalti pubblici e privati*, Padova, 1948, p. 536; CCAGNASSO, *Il contratto di appalto*, in *Contratti commerciali* a cura di Cottino, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da Galgano, XVI, Padova, 1991, p. 713; ILD., *Appalto nel diritto privato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. comm., I, Torino, 1987, p. 174. Per la tesi che configura una responsabilità di tipo misto, v. *infra* in nota.

[46] RRUBINO, *L'appalto*, con aggiornamenti di Moscati, in *Trattato di diritto civile*, diretto da F. Vassalli, VII, 3, Torino, 1980, p. 434 ss.

[47] Cass., 12 luglio 1994, n. 6537 , in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Appalto*, n. 69; Cass., 11 aprile 1991, n. 3801 , in *Mass. Foro it.*, 1991. Specifica Cass., 7 giugno 1994, n. 5514 , in *Foro it.*, 1995, I, c. 2526, che l'azione non può essere esercitata nei confronti del venditore se non nell'ipotesi in cui egli sia anche il costruttore. Da ciò consegue, *de plano*, che se il venditore non ha rivestito le qualità sopra indicate non può essere perseguito con l'azione in concreto esercitata. (Nella specie il giudice del merito aveva accertato che la società venditrice aveva affidato la costruzione dell'immobile, con contratto di appalto, ad altra impresa e da ciò derivava che non potesse essere destinata all'azione promossa nei suoi confronti dal compratore).

[48] Su ciò, rinvio a AALBANESE, *L'appalto*, in *Tratt. dir. comm.* fondato da V. Buonocore e dir. da R. Costi, Torino, 2023, pp. 458 ss., in part. p. 476 ss.

[49] Cfr. PPASSARELLA, *Sull'azione di responsabilità ex art. 1669 codice civile nei confronti del venditore*, in *Contratti*, 2014, p. 421 (e v. anche ILD., *Venditore dell'immobile e responsabilità dell'appaltatore*, *ivi*, 2013, p. 883); AAGNINO, *Art. 1669 c.c.: natura della responsabilità e ambito di applicazione*, in *Danno e Resp.*, 2003, p. 625; BBRADO, *Rapporto sostanziale di durata, prescrizione e decadenza nella responsabilità dell'appaltatore*, in *Contratti*, 2002, p. 1016.

[50] PPellegrino, *L'art. 1669 c.c. tra esigenze di giustizia sostanziale e correttezza sistematica*, in *Giur. it.*, 2014, p. 1343. Sulla inopportunità delle conseguenze che tale inquadramento comporterebbe, v. RROBLES, *Ristrutturazioni immobiliari, responsabilità dell'appaltatore e "nomofilachia" edilizia*, *ivi*, 2017, p. 2339.

[51] Così ZZACCARIA - DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, p. 64.

[52] Ritiene che per mezzo dell'art. 135 Codice di consumo debba prevalere l'applicazione dell'art. 1673 c.c., in quanto norma più favorevole per il consumatore, FFADDA, in *Codice dell'appalto privato*, a cura di A. Luminoso, Milano, 2016, p. 700.

[53] MMUSOLINO, *L'applicazione della disciplina sui beni mobili di consumo ai contratti di appalto e d'opera*, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 2003, II, p. 539. Sulla responsabilità dell'appaltatore per i beni mobili di consumo, v. anche ILD., *L'appalto di beni mobili di consumo*, in *Riv. trim. app.*, 2005, p. 307 ss.; POLIDORI, *Appalto*, in *Tratt. Dir. Civ. CNN* diretto da P. Perlingieri, Napoli, 2015, p. 363 ss.; TTRAPUZZANO, *L'appalto privato*, Milano, 2020, p. 175 ss.

[54] LLUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2015, p. 411.

[55] L'inapplicabilità degli artt. 128 ss. c. cons. all'appalto è pacifica, salvo la isolata voce contraria di LLOMBARDI, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, 2010. Sugli appalti inclusi e quelli esclusi dall'ambito operativo del Codice di consumo, v. FFADDA, *op. cit.*, p. 688 s.; DELLACASA, *L'appalto e gli altri contratti di scambio*, in *Tratt. dei contratti* di Roppo, III, Milano, 2014, p. 74.



La rilevanza dell'assenza ipotetica della volizione: la presupposizione da formula magica ad istituto del diritto vivente

di Gelsomina Salito

su Nuova Giur. Civ. Comm. n. 2, 1 marzo 2024, p. 465

c.c. art. 1362

c.c. art. 1366

c.c. art. 1467

La presupposizione è tornata prepotentemente all'attenzione degli studiosi all'indomani delle note vicende pandemiche quale possibile categoria in grado di spiegare l'impossibilità, generata dai provvedimenti emergenziali, di adempiere le obbligazioni contrattuali. La scelta del legislatore di negarle il crisma della giuridicità, elevandola a vero e proprio istituto, rende, tuttavia, ancora oggi complesso il suo inquadramento e la sua riconducibilità all'ambito delle sopravvenienze tipiche, con le quali sembra, in verità, presentare più di un punto di contatto, tant'è che a lungo si è ritenuto di poterne rinvenire la disciplina nel dettato dell'art. 1467 c.c. Il contributo, in quest'ottica, si prefigge di indagarne in chiave critica i contenuti nell'intento di definirne il reale ambito applicativo.

Sommario: 1. Alle origini di una figura controversa: dal Windscheid agli epigoni dell'era pandemica. – 2. La discussa natura giuridica della presupposizione e il suo (dubbio) valore di principio del sistema. – 3. Evento presupposto e sorti del contratto: le diverse prospettive dogmatiche. – 4. Considerazioni conclusive.

1. Alle origini di una figura controversa: dal Windscheid agli epigoni dell'era pandemica

«Se non si vuole cambiare il significato della parola presupposizione (quale è stato definito dal Windscheid e da quanti ne hanno accettato la teorica) bisogna dire che l'art. 1467 non accenna alla presupposizione in senso proprio; e meno che mai ne introduce il principio in "via generale"»^[1]. Era il 1948 quando un giovanissimo Rodolfo Sacco prendeva posizione all'interno dell'accesso e mai sopito dibattito sulla presupposizione e, nell'intento di dimostrarne la non riconducibilità alla fattispecie della eccessiva onerosità – per l'assenza dei «molti requisiti cui la legge ne subordina l'applicazione»^[2] – in un saggio asciutto ma non per questo meno compiuto, denunciava l'inadeguatezza della definizione elaborata dall'illustre giurista tedesco^[3] e la sostanziale incapacità degli epigoni di slegarne i contenuti dal campo dei fattori psicologici, estranei, per natura, alla sfera d'attenzione del giurista al quale «interessano i fatti giuridicamente rilevanti e non gli altri»^[4].

La critica, per quanto performante, sembrava, tuttavia, trascurare le premesse dalle quali muoveva il teorico della *Voraussetzung*, il quale, in ossequio alla mistica del volere^[5], che caratterizzava la corrente di pensiero di cui era indiscusso protagonista, si prefiggeva di ricondurre alla volontà delle parti altresì lo scioglimento del contratto (e non solo la sua conclusione)^[6]: dinanzi al venir meno o al non sopravvenire del presupposto – spiegava il Windscheid – «il rapporto giuridico posto in essere con la dichiarazione di volontà sussiste non senza, e tuttavia contro la volontà del dichiarante. Vale a dire: esso sussiste in conformità alla sua volontà concreta ma contro la sua volontà reale»^[7]; pertanto, «la sussistenza dell'effetto giuridico, sebbene formalmente giustificata, non ha però ragione che la giustifichi»^[8]. E ciò anche allorquando la presupposizione abbia carattere unilaterale, si basi, cioè, sulle valutazioni o sulle previsioni di uno solo dei contraenti purché conosciute (o doverosamente conoscibili) dall'altro^[9].

Tra le accuse più ricorrenti che la dottrina, non solo italiana, muoveva al prestigioso esponente della Pandettistica vi era, così, quella di minare la certezza dei rapporti giuridici, di violare il principio dell'affidamento (che esclude qualsiasi possibilità di far discendere effetti da intenzioni non manifeste né manifestate alla controparte), di «turbare la sicurezza degli affari e di indebolire quell'obbligo di buona fede che deve necessariamente presiedere all'esecuzione dei contratti»^[10], in ragione del peso eccessivo accordato alla volontà del dichiarante a scapito della fiducia risposta nella sua dichiarazione dalla persona del destinatario. Si obiettava, in particolare, di attribuire una ingiustificata rilevanza alla «assenza ipotetica della volizione»^[11], che, in quanto non tradotta in una condizione, era, invece, da

relegare nel campo dei motivi e da reputare per ciò stesso influente: se «non sviluppata»^[12], infatti, la modalità «non s'è fatta strada, né implicitamente né esplicitamente, all'interno del negozio e, quindi, non risulta dal tenore della dichiarazione, qual è riconoscibile dagli interessati»^[13].

Non stupisce, pertanto, che il legislatore tedesco, già restio ad accogliere la clausola *rebus sic stantibus*, abbia espunto dall'emanando codice civile ogni riferimento alla presupposizione, riducendo a «puro e semplice ornamento»^[14] le teorizzazioni che, altresì in termini oggettivi, cercavano di favorirne l'accoglimento. Il silenzio normativo, tuttavia, lungi dal segnarne il tramonto, ha finito, al contrario, per dare concretezza al famoso vaticino del Windscheid e per far sì che la presupposizione, «spinta fuori dalla porta dell'edificio codicistico del BGB, allora in costruzione»^[15], continuasse a «tormentare» gli interpreti.

È significativo, in tal senso, come la (ri)emersione, all'indomani della pandemia da Covid-19, delle questioni relative al sopravvenire di eventi straordinari e imprevedibili in grado di riflettersi sul sinallagma contrattuale, abbia riaperto la discussione in materia, riproponendo il dilemma circa le conseguenze del mancato verificarsi o, a contrario, dell'avverarsi dell'evento presupposto, quale situazione che, nel privare il vincolo negoziale della sua (iniziale) corrispondenza allo scopo perseguito dalle parti, sarebbe in grado di rendere difficile o non più utile o conveniente almeno ad uno dei contraenti l'adempimento delle obbligazioni assunte, nonostante la regola del *pacta sunt servanda* cristallizzata dall'art. 1372 cod. civ.

Vero è che il recupero della categoria della presupposizione^[16], per spiegare l'impossibilità, generata dai provvedimenti emergenziali, di adempiere le obbligazioni contrattuali o, per restare alla casistica più ricorrente, di assicurare il godimento del bene ceduto in locazione secondo il tipo di utilizzo oggettivamente desumibile *ex fide bona* dal contratto^[17], «là dove le prestazioni si dimostrino non utilizzabili dal creditore coerentemente con il presupposto di fatto che dà il senso oggettivo al contratto concluso»^[18], si è spesso rivelato inappagante, inducendo ad interrogarsi sulla opportunità di continuare a ricorrere ad una figura dalla storia dogmatica alquanto controversa, che non ha mai ricevuto il crisma della giuridicità da parte del legislatore.

A venire in discussione non è soltanto la sua configurabilità^[19] quale fattispecie dotata di una distinta autonomia concettuale e giuridica, ma altresì la sua riconducibilità all'ambito delle sopravvenienze tipiche^[20], con le quali sembra, in verità, presentare più di un punto di contatto, tant'è che a lungo si è ritenuto di poterne rinvenire la disciplina nel dettato dell'art. 1467 cod. civ., norma che secondo la *Relazione al Re* del Ministro Guardasigilli avrebbe introdotto all'interno dell'ordinamento il «principio della implicita soggezione dei contratti con prestazioni corrispettive alla clausola *rebus sic stantibus*, sulle tracce del diritto comune e, quindi, in collegamento con una tradizione prettamente italiana, seguita fino ad ora solo da alcuni sistemi positivi stranieri» (n. 665). Ma la disposizione, ben lontana dalla finalità di regolamentare *tout court* le turbative contrattuali, ha semmai sollevato «un problema, che alla dottrina tedesca non si poneva, quello di delimitazione, per quanto riguarda la disciplina delle sopravvenienze, tra: fattispecie alle quali trova applicazione la disciplina codicistica dell'eccessiva onerosità sopravvenuta, fattispecie riguardo alle quali è dato fare richiamo alla presupposizione e, infine, fattispecie che si sottraggono ad entrambe le discipline e nelle quali, quindi, la sopravvenienza non è atta a turbare la vita del contratto»^[21].

2. La discussa natura giuridica della presupposizione e il suo (dubbio) valore di principio del sistema

Tracciare il *limen* non è operazione semplice: vi osta il silenzio legislativo sul punto, che ha legittimato lo scetticismo di chi riguarda la presupposizione come una sorta di «formula magica» che «condensa e stabilizza pratiche decisionali non razionali»^[22]; vi si oppone la sostanziale ritrosia degli interpreti a indugiare su un tema estraneo alla tradizione, forgiata piuttosto sul modello romanistico della impermeabilità dell'obbligazioni agli accadimenti esterni e sull'idea dell'adempimento fino al limite della impossibilità.

A dispetto dei giuristi tedeschi che si erano avvicinati allo studio della presupposizione spinti dalla impellente necessità di risolvere le rovinose conseguenze dell'inflazione all'esito della prima guerra mondiale, quelli italiani non erano stati compulsati da simili urgenze e, quando le stesse avevano fatto capolino, al termine del secondo conflitto, avevano scorto nel rimedio apprestato dall'art. 1467 cod. civ. la panacea alle alterazioni del sinallagma contrattuale cagionate dal mutamento delle condizioni negoziali. Sotto il vigore del codice del 1865, pertanto, gli studiosi si erano limitati a raccogliere gli echi e le suggestioni d'oltralpe, scorgendo un riferimento alla presupposizione nella fattispecie della sopravvenienza di figli nel testamento e nella donazione (agli artt. 888 e 1083 cod. civ. abr.) e interpretando gli atti *inter vivos* nel senso di far emergere la figura «che risulta dalle circostanze in cui l'atto fu concluso»^[23]. La giurisprudenza dell'epoca, a sua volta, non dubitava della natura di istituto giuridico^[24] della presupposizione e ne ravvisava le fattezze ogniqualvolta era dato dimostrare che i contraenti nella formazione del consenso avevano tenuto presente una determinata circostanza di fatto o di diritto (passata, presente, futura) «pur in mancanza di un espresso riferimento ad essa nella clausole contrattuali, come presupposto condizionante il negozio»^[25].

Il codice del 1942, tuttavia, non ne ha recepito le conclusioni e, pur riproponendo, negli artt. 687 e 803 cod. civ. i precetti delle corrispondenti disposizioni abrogate, non ha ritenuto di tradurre in norma la presupposizione, di cui ha finito anzi per attestare in modo definitivo l'origine *prater legem* e il carattere di «istituto del diritto vivente»^[26] e di cui ha ridimensionato, di fatto, i contenuti, indicando, al richiamato art. 1467 cod. civ., nella legge (e non nella volontà delle parti che della presupposizione è parte integrante) la fonte delle sopravvenienze.

Relegata, così, al di fuori del diritto positivo, la presupposizione è rimasta affidata alla riflessione ondivaga degli interpreti, attraversando fasi alterne, contraddistinte da atteggiamenti ora di diffidenza^[27] ora di piena apertura e di

ricerca degli elementi in grado di conferirle una distinta fisionomia giuridica. Sullo sfondo l'idea che si tratti di una categoria normativa o di una clausola generale o di un vero e proprio principio dell'ordinamento[28] attesta il tentativo generalizzato di pervenire ad una configurazione unitaria e ad una definizione il più possibile condivisa dalla quale far trasparire i tratti tipici della figura e il suo essere una «situazione di fatto»[29], «passata, presente, futura»[30], «certa nella rappresentazione delle parti»[31], che costituisce un «elemento accidentale del contratto»[32] o una «circostanza ad esso "esterna"»[33]; una situazione, ancora, che mette capo ad un evento certo, che entrambe le parti considerano il "presupposto" del negozio e il cui avverarsi non dipende dal loro comportamento[34].

In quanto «rappresentazione determinante» a fondamento di una determinata volontà – «nel senso che, per questa rappresentazione, e da questa rappresentazione nascono i motivi che determinano la volontà negoziale»[35] – essa si distingue dai due elementi che pur implica, vale a dire i motivi e la volontà: gli uni, infatti, si innestano sulla valutazione della realtà operata dalle parti, nella quale si risolve, appunto, la presupposizione; l'altra origina dai motivi e si traduce in (dichiarazione del) regolamento negoziale[36]. Distinzione, questa tracciata, che lo stesso Windscheid aveva intuito e che lo aveva indotto a qualificare il motivo come un tipo particolare di presupposizione e la presupposizione, a sua volta, come un sottotipo di motivo[37], sì anticipando le conclusioni alle quali sarebbe pervenuto, anni dopo, all'interno della dottrina italiana, il Cariota Ferrara, ribadendo la detta partizione in nome della inopportunità di accedere ad una nozione assai lata dei motivi, comprensiva cioè di «qualsiasi momento preso in considerazione dal dichiarante»[38].

Ma il pregio della differenziazione è anche un altro: essa, infatti, al tempo stesso, segna il superamento della visione che identificava la presupposizione nel «motivo comune del contratto»[39], inteso non già – come l'aggettivo (comune, appunto) potrebbe far ritenere – quale somma dei motivi individuali[40], bensì come rappresentazione di una realtà che oggettivamente può provocare un conflitto di interessi, e attesta il ridimensionamento, se non l'abbandono, della tesi che, invece, la risolveva in un elemento tacito, idoneo nondimeno a condizionare l'efficacia del contratto in caso di un suo mancato riscontro e di una sua non corrispondenza alla effettiva volontà del dichiarante[41].

Ex altera parte, il limite della indicata ricostruzione in termini di rappresentazione della realtà che rischia di essere smentita dalle circostanze concrete risiede nel pericolo di confondere la presupposizione con la figura dell'errore e dell'«errore di previsione» o dell'«errore sul valore»[42] in particolare, quante volte l'avverarsi dell'evento presupposto conduca ad una falsa raffigurazione degli accadimenti (presenti, passati, futuri) all'origine della manifestazione di volontà o alla base della valutazione economica del contratto, vieppiù alla luce degli artt. 624 e 787 cod. civ. (annullabilità del testamento e della donazione per errore su motivo determinante), degli artt. 626 e 788 cod. civ. (nullità del testamento e della donazione per motivo illecito unico e determinante), dell'art. 1345 cod. civ. (nullità del contratto per motivo comune illecito), che considerano rilevante l'errore sul motivo comune[43].

Se così fosse, però, «tanto varrebbe eliminare il concetto di motivo erroneo della volizione e di sostituirgli *in toto* quello di erronea presupposizione della volontà, la quale avrebbe come nota concettuale tipica e costante quella che, in sua assenza, la volizione non si sarebbe determinata»[44]. Non solo: l'errore di previsione, anche quando si traduca in errore sul valore (nell'ipotesi in cui il venir meno della situazione presupposta disveli l'errore sul rapporto tra l'entità economica della prestazione e quella della contro prestazione e, quindi, sulla valutazione economica del contratto) contrasta con i principi regolatori di un sistema quale il nostro basato sull'autonomia privata e sul principio di autoreponsabilità, che impediscono ad un contraente di sottrarsi all'adempimento delle obbligazioni assunte, adducendo il venire meno della convenienza economica dell'affare o la mutata situazione di mercato[45].

Se, poi, *entia non sunt multiplicanda sine necessitate* [46], deve escludersi la possibilità di spiegare la presupposizione ricorrendo alle norme relative all'interpretazione del contratto ed in particolare al combinato disposto degli artt. 1366 cod. civ.[47] e 1362 cod. civ.[48], dai quali si trarrebbe la conferma del rilievo che assume la comune intenzione delle parti, non solo quale desumibile dal tenore letterale della dichiarazione, ma altresì quale resa nota dalla obiettiva portata del regolamento contrattuale e dal contenuto precettivo implicito che il giudice è chiamato ad indagare, alla stregua della buona fede, al fine di cogliere il presupposto oggettivo e, dunque, la clausola risolutiva del contratto.

Parimenti, deve dubitarsi della validità di un ragionamento che ne incardini la legittimità nell'art. 1374 cod. civ., in nome del fatto che l'equità costituirebbe il principale criterio di autointegrazione del regolamento pattizio, idoneo a ripartire in modo giusto, su entrambe le parti, il peso della circostanza specificatamente e direttamente regolata dalle determinazioni dei contraenti[49]. Se, infatti, la presupposizione mettesse capo a situazioni già previste nel contratto da fare emergere alla stregua di sofisticati criteri ermeneutici, l'interpretazione sarebbe bensì sufficiente ma la presupposizione si rivelerebbe solo un altro modo di chiamare l'interpretazione medesima, con il pericolo ulteriore di «accentuare la confusione dei linguaggi in uso e di creare una ambigua categoria preterlegale (la presupposizione, appunto) non necessaria alla luce delle norme richiamate, nel cui ambito applicativo già ricadono significati che, al contrario, si riferiscono ad una figura giuridica differente»[50].

È indicativo, così, che, sin dalla formulazione della teoria del Windscheid, si erano comprese e denunciate le criticità legate ad una «inaccettabile»[51] accentuazione dei profili soggettivistici nella ricostruzione della presupposizione tanto che gli interpreti successivi avevano cercato di recuperarne una dimensione più oggettiva attraverso il richiamo alla nozione di *Geschäftsgrundlage*, intesa come insieme di circostanze decisive per un contraente ai fini della scelta di concludere il contratto, le quali fossero state riconosciute nella loro valenza dall'altro contraente[52]. Vero è che anche tale tesi, sebbene «ispirata evidentemente ad una concezione del negozio che fa perno sul momento della

dichiarazione anziché sul momento della volontà» e che «non si accontenta più della semplice riconoscibilità, ma esige che il valore della circostanza come fondamento della singola dichiarazione sia stato effettivamente riconosciuto dalla controparte»[53] , non è riuscita a privare lo scopo soggettivo della sua natura[54] e ha finito soltanto per confondere i due momenti della conoscenza e della comunanza del motivo e per tale via per ampliare la tutela del contraente, il quale abbia avuto cura di comunicare all'altro i motivi soggettivi che lo hanno indotto a contrarre, senza mutare appunto l'«anima» funzionale della presupposizione[55] .

Né a migliori esiti hanno condotto le impostazioni le quali, animate dal medesimo intento di valorizzare il momento oggettivo, mediante la significativa riduzione degli spazi che la teoria della base negoziale (la cd. *Geschäftsgrundlage*) ancora concedeva a profili di natura soggettiva, a partire dagli anni Settanta[56] , sull'abbrivio degli studi di Cataudella[57] e di Bessone[58] , hanno focalizzato l'attenzione[59] sulla funzione dell'atto (*Geschäftzweck*) e sullo scompenso conseguente al mancato verificarsi dell'evento presupposto. «L'individuazione, accanto alla causa astratta (o funzione astratta), della causa concreta (o funzione concreta) del contratto»[60] , in particolare, ha consentito di «inquadrare sistematicamente più fenomeni. Tra questi rientra anche la presupposizione, per la cui rilevanza in termini di causa concreta è necessario che abbia riguardo a circostanza che le parti danno per scontata, e la cui insussistenza, o il venir meno o la non sopravvenienza, produca l'effetto di turbare la funzione concreta del contratto» [61] .

Per quanto la polisemia che connota il termine causa[62] non impedisca di arricchirne i contenuti attraverso l'inclusione di finalità peculiari alla singola operazione non rientranti, necessariamente, nella funzione tipica ed essenziale del contratto, non può disconoscersi, tuttavia, sul piano sistematico, che l'inevitabile ampliamento della nozione, correlato ad una simile opzione ermeneutica, determina, coerentemente, una corrispondente riduzione dell'area di pertinenza di figure analoghe o simili, ivi inclusa quella di presupposizione[63] , che, invece, si vorrebbe fondare (al tempo stesso distinguere) sull'elemento della causa.

Ad analoghe conclusioni deve giungersi qualora – come è stato suggerito – si faccia dipendere la frustrazione dello scopo negoziale non già dalla causa ma da una sopravvenuta impossibilità dell'oggetto del contratto a seguito del verificarsi o del mancato verificarsi dell'evento presupposto, che dell'oggetto medesimo sarebbe una qualità essenziale[64] , come si argomenterebbe dagli artt. 1346 e 1463 cod. civ. che disciplinerebbero «fattispecie che non esauriscono il campo di rilevanza dell'impossibilità e, con gli opportuni correttivi, il campo dei relativi rimedi»[65] .

Si considerino, al riguardo, le esemplificazioni tratte dall'ordinamento anglosassone e generalmente ritenute casi paradigmatici di presupposizione[66] : il celeberrimo *coronation case* Krell vs Henry ([1903] 2 KB 740), in cui il rinvio della incoronazione ha inciso sulle sorti del contratto di locazione del balcone, stipulato nell'intento di assistere alla manifestazione, e ha giustificato il parziale inadempimento del canone da parte del debitore, liberandolo dal resto della prestazione; il non meno noto caso Taylor vs Caldwell[67] ([1863] 3 B & S 826), in cui il verificarsi di un evento estraneo alle parti ed irresistibile ha determinato il *discharge* del contratto; i parimenti famosi *Suez cases*, vale a dire i contratti di trasporto marittimo di merci dal Mediterraneo all'Oceano Indiano e viceversa attraverso il Canale di Suez[68] , che, però, a seguito del conflitto israelo-palestinese, nel 1956 e nel 1967, venne chiuso, costringendo i vettori a circumnavigare l'Africa e a sopportare un aumento sia dei tempi che dei costi del trasferimento del greggio[69] .

Ebbene, la rilettura di ciascuno di essi alla luce della riconduzione del presupposto all'oggetto del contratto conduce ad una forzatura del sistema (e di quello contrattuale, in specie), dal momento che amplia la nozione del richiamato elemento fino ad includere al suo interno un fatto obiettivamente estraneo al bene sul quale verte l'accordo, ossia – per restare al famoso esempio del *coronation case* – una manifestazione in vista della quale sia preso in locazione il balcone[70] .

La sopravvenuta irraggiungibilità o inutilità dello scopo che consegue al venir meno o al verificarsi del presupposto presenta, invece, caratteristiche sue proprie che la collocano, rispetto ai contratti a prestazioni corrispettive, al di fuori dei richiamati requisiti contrattuali e la posizionano in «un'area intermedia tra, da un lato, la risoluzione per impossibilità, in cui il rischio è accollato al debitore (perdita del diritto alla controprestazione) e, dall'altro, la *mora credendi* e l'impossibilità imputabile al creditore in cui il rischio è fatto gravare su quest'ultimo»[71] .

3. Evento presupposto e sorti del contratto: le diverse prospettive dogmatiche

Quali siano, allora, le conseguenze della presupposizione e quale il loro *nomen iuris* all'interno del panorama normativo sono interrogativi dalla risposta non semplice e non scontata, i quali, se, da un lato, risentono del rapporto che intercorre tra fattispecie simili *quoad effectum*, dall'altro, dipendono dalla concreta configurabilità giuridica della figura, che non consegue *ipso facto* al realizzarsi degli elementi che ne definiscono i contenuti, ma necessita di un *quid pluris*, rappresentato dalla circostanza che l'evento presupposto costituisca l'unico motivo determinante e comune alla conclusione del negozio o, in caso di presupposizione unilaterale, inveri la ragione esclusiva, nota alla controparte e dalla stessa condivisa, della concorde decisione di stipularlo[72] . Regna, in merito, la più ampia confusione, espressione, al tempo stesso, della complessità della materia e della varietà di letture spesso antitetiche che l'hanno interessata, finendo per rendere poco credibile[73] la presupposizione, dalla quale si è inteso far discendere, indistintamente, l'inefficacia, l'annullabilità, una generica invalidità, la nullità, l'inesistenza, la risoluzione, il risarcimento del danno, la rideterminazione del contenuto dell'accordo, il diritto di recesso[74] .

L'opzione per l'uno piuttosto che per l'altro degli indicati rimedi risente, in vero, della prospettiva dogmatica dalla quale di volta in volta si è riguardata la cd. «enunciativa contrattuale incompleta»[75] , che, se sussunta sotto le maglie

del difetto funzionale della causa, non può non condurre alla nullità del contratto, secondo la regola dell'art. 1418 cod. civ., o, secondo altra tesi, alla sua inefficacia, mentre se risolta nella diversa categoria dall'errore non può non comportarne l'annullabilità[76]. In medias res si pone poi la giurisprudenza la quale, riprendendo la distinzione operata dalla Corte di legittimità in un noto provvedimento[77], scinde l'ipotesi del difetto del presupposto al momento della stipulazione (cd. falsa presupposizione) da quella del suo venir meno in epoca successiva, predicando la nullità del contratto, nel primo caso, la risoluzione nel secondo[78], in ragione del significato tradizionalmente ascrivito alla causa quale funzione economico-sociale implicitamente esistente nei contratti nominati[79]: in quanto tale, infatti, essa non dovrebbe mai tecnicamente mancare in fase genetica, almeno rispetto ai tipi negoziali previsti dal legislatore, e dovrebbe assorbire ogni considerazione in ordine agli interessi collegati ai fatti presupposti, che, obliterati, resterebbero estranei, ulteriori e, quindi, irrilevanti[80].

Al contrario, chi propende per il richiamo alla diversa nozione di causa in concreto e, dunque, per l'idoneità dei summenzionati interessi ad incidere sul profilo funzionale, concorda sull'opportunità di non sanzionare giuridicamente l'originaria irrealizzabilità degli scopi perseguiti dalle parti con l'operazione contrattuale e conviene sulla necessità, in presenza del sopravvenire dell'evento presupposto, di ritenere il contratto risolto *ex tunc* ovvero sciolto a seguito del recesso unilaterale ad opera del contraente per il quale sia diventato intollerabile[81].

Di risoluzione discorrono, peraltro, anche quanti ricollegano la presupposizione alle sopravvenienze contrattuali[82] o la configurano come una condizione risolutiva tacita, basata sulla comune volontà dei contraenti di subordinare l'efficacia del contratto all'evento presupposto[83], argomentando la soluzione ora dall'art. 1467 cod. civ., ora dall'art. 1463 cod. civ., ora ancora dall'art. 1453 cod. civ., anche se nessuna di dette norme sembra giustificare l'invocato rimedio. Non la prima, che presenta un ambito applicativo ben definito e circoscritto, distinto da quello che si è soliti riservare alla presupposizione; non la seconda, che presuppone una impossibilità della prestazione e non una sua sopravvenuta inutilità; non, infine, la terza, che ha riguardo all'inadempimento dell'obbligazione imputabile ad uno dei contraenti. Il codice civile, del resto, nel capo XIV del titolo II del libro IV, dedicato appunto alla risoluzione, riserva il rimedio al verificarsi delle due sopravvenienze tipiche della impossibilità e della eccessiva onerosità sopravvenute, senza aprire ad interpretazioni estensive volte ad estenderne il significato e la portata oltre i confini normativamente tracciati[84].

È vero, come detto, che all'indomani dell'entrata in vigore dell'art. 1467 cod. civ. si era ritenuto di potere spiegare la presupposizione alla luce della regolamentazione posta dalla citata disposizione, ma si era poi dovuto prendere atto che la stessa, lungi dal prestarsi a forme di applicazione analogica, era utile, per così dire, a segnare «un passo avanti sulla via della presupposizione»[85] e non già a disciplinare o risolvere le questioni che ancora oggi la interessano. Per quanto la dottrina più cauta inviti ad affrontare «per gradi»[86] il rapporto tra la norma e la presupposizione, è innegabile che tra le due sussistano differenze tali da attestarne con immediatezza la non coincidenza: l'una appartiene, infatti, al piano del diritto, l'altra a quello del fatto; la prima presenta una sfera di operatività delimitata dal verificarsi di eventi futuri, straordinari, imprevedibili, la seconda ricomprende al suo interno, altresì, situazioni passate e presenti, previste o prevedibili[87]; l'eccessiva onerosità rileva solo se supera l'alea normale del contratto, la presupposizione, invece, viene in considerazione se risponde alle attese e alle aspettative dei contraenti, anche in termini di opportunità e convenienza dell'affare, come, con linguaggio nuovo[88], evidenzia parte degli autori[89].

La «radice logica»[90] dell'elemento oggetto di attenzione va rintracciata e ritrovata nella volontà dei contraenti, i quali, spinti dal fatto presupposto, sono indotti alla contrattazione dal fine di perseguire un preciso assetto di interessi, laddove, al contrario, la *ratio* del rimedio disciplinato dall'art. 1467 cod. civ. riposa in un difetto funzionale della causa del contratto, che, pur essendo nato conforme al diritto, se ne distacca nella fase operativa in virtù di una frattura rispetto al prototipo negoziale scelto, di guisa che ciò che assume rilevanza non è afferente alla volontà delle parti, ma concerne puramente e semplicemente la mancata corrispondenza successiva tra le prestazioni[91].

4. Considerazioni conclusive

La difficoltà di ricorrere alle disposizioni normative note si traduce in un ostacolo ad una univoca e convincente ricostruzione dogmatica della presupposizione, definita, non a caso, figura «trasversale»[92], poiché capace di sfiorare, senza risolversi in alcuno di essi, molti degli istituti tradizionali: la situazione presupposta «non è "incerta" né "falsamente rappresentata", confluisce in un regolamento del quale va apprezzata – in chiave "casuale" – la "meritevolezza" e «potrebbe venire ad essere sconvolta da eventi non necessariamente "straordinari", né "imprevedibili"»[93].

In una sorta «gioco di prospettive»[94], ciascuna delle ricostruzioni elaborate dagli interpreti, con sforzo «notevole e significativo»[95] finisce, pertanto, per offrire un frammento di verità, che, tuttavia, in quanto parziale, non spiega la complessità di una figura con la quale, ancora oggi, occorre fare i conti per la sua indubbia incidenza in ambito negoziale, come ben aveva intuito il Windscheid, allorquando ne aveva profetizzato l'influenza e il fascino che avrebbe continuato ad esercitare all'interno della riflessione giuridica nonostante la soluzione di diversi legislatori di non riservarle spazio alcuno nell'ambito delle rispettive codificazioni.

L'assenza di regolazione legislativa o ad opera delle parti, lungi dal tradursi in una svalutazione del fenomeno e in una sua relegazione nel campo del giuridicamente irrilevante, ne sottolinea quasi contraddittoriamente l'importanza e l'idoneità a valorizzare, *recte* giuridicizzare, gli interessi delle parti[96], nonostante le stesse non si siano spinte fino al punto di esplicitarli in clausole contrattuali[97]: la presupposizione riassume la condivisa intenzione dei contraenti di far dipendere le sorti del negozio dall'evento che ha costituito, per una o per entrambe, la giustificazione esclusiva

della contrattazione, come nel caso della donazione di un bene fatta in vista della celebrazione di un futuro matrimonio[98] o di una compravendita di un immobile stipulata sulla base della sua edificabilità[99] o di una locazione conclusa in ragione della mancata ultimazione della costruzione di un edificio[100] o di un contratto di prestazione professionale “subordinato” al rilascio di una determinata abilitazione[101] .

In ciascuna delle vicende considerate si ripropone il problema di evitare che il contratto risulti privo della sua reale giustificazione, si riveli «una prigione per chi si trova a ricevere una prestazione inutile»[102] o si traduca in un rischio per uno soltanto dei contraenti, stante il dettato dell'art. 1372 cod. civ. che ne consente lo scioglimento solo in presenza di mutuo dissenso o di «cause ammesse dalla legge», tra le quali, almeno *prima facie*, non rientra la presupposizione per l'assenza di disposizioni normative. Ritenere tale ultima disposizione automaticamente applicabile sarebbe soluzione quanto meno inappagante alla luce della bilateralità (magari implicita) che caratterizza la presupposizione e che deriva dalla condizione di consapevolezza o di vera e propria condivisione in cui versa la controparte. Certo, i contraenti ben potrebbero decidere, al verificarsi dell'evento presupposto, di rinegoziare i contenuti dell'accordo, ma una simile possibilità rappresenterebbe comunque un *posterius*, un momento logicamente e cronologicamente successivo all'evento stesso, e non già la conseguenza sul piano giuridico del suo realizzarsi, tant'è che non di rado, specie nella giurisprudenza di merito, la rinegoziazione è vista come alternativa e non adesiva alla presupposizione: delle due, cioè l'una, nel senso che – si afferma – «o sussiste un'obbligazione di rinegoziazione, e allora si può parlare, in termini patologici, di inadempimento, oppure non vi è siffatta obbligazione, e si può parlare (ricorrendone gli estremi) di presupposizione»[103] .

L'opposta conclusione di reputare automaticamente risolto il contratto, se ripete il modello pensato per le sopravvenienze tipizzate, potrebbe non rispondere pienamente alle esigenze sottese alla presupposizione, le quali, in quanto legate alle intenzioni dei contraenti, potrebbero essere orientate piuttosto nel senso di un mantenimento del contratto e non di una sua caducazione, quale epilogo che l'ordinamento stesso sembra, in vero, tratteggiare (e caldeggiare) in più di una disposizione, sol che si ponga mente all'art. 1432 cod. civ., con cui si consente alla parte avvantaggiata dall'errore di eseguire il contratto in modo conforme al contenuto e alle modalità alle quali l'altra intendeva concluderlo, o agli artt. 1464 e 1467 cod. civ., che relegano il recesso e la risoluzione, rispettivamente, all'eventualità dell'insussistenza di un apprezzabile interesse all'adempimento parziale e all'esistenza di una offerta di *reductio ad aequitatem*.

Ci si potrebbe, peraltro, chiedere se i rimedi previsti dalle richiamate disposizioni, nonostante la non perfetta coincidenza di requisiti applicativi, possono trovare applicazione anche con riguardo alla presupposizione o se, più in generale, sia possibile rinvenire all'interno del sistema regole in grado di disciplinarne gli effetti, dato che il legislatore mostra di avere ben chiari i meccanismi che ne governano il funzionamento tanto da ricorrervi non solo nella fattispecie che più di ogni altra la richiama, vale a dire nella condizione volontaria, ma altresì in tutte quelle situazioni ove, similmente, un “evento” opera quale presupposto (condiviso) dell'esistenza di un contratto o della sua validità o della sua efficacia. Si pensi, in tal senso, alla dinamica che connota la relazione tra il contratto preliminare e il contratto definitivo o a quella che caratterizza la *condicio iuris*, in cui appunto, per volontà delle parti o della legge, un determinato atto o una determinata situazione funge da premessa o da fondamento di uno specifico negozio.

A tale apparente simmetria, tuttavia, fa *da pendant* una pluralità non omogenea di rimedi, che sembra escludere una propensione normativa volta ad apprestare una disciplina generale per le fattispecie accomunate, in senso lato, dalla subordinazione dei rispettivi effetti al verificarsi di uno specifico presupposto, giuridico o fattuale, e che sembra sottendere, al contrario, la volontà legislativa di forgiare ogni soluzione sulle peculiarità della singola vicenda: emblematicamente, così, per l'inadempimento del preliminare è previsto il rimedio di cui all'art. 2932 cod. civ.; per la mancata celebrazione del matrimonio l'inefficacia della donazione ex art. 785 cod. civ.[104] ; per la non venuta ad esistenza della cosa alienata la nullità della vendita ex art. 1472 , secondo comma, cod. civ.[105] ; per l'assenza di adesione il non acquisto del diritto in capo al terzo ex art. 1411 , terzo comma, cod. civ.[106] .

Analogamente l'impossibilità di riferire alla presupposizione la disciplina della *reductio ad aequitatem* o quella della rettifica si scontra con la natura eccezionale dell'art. 1467 cod. civ. e con la dovizia di condizioni poste dall'art. 1432 cod. civ., che ne ammette il ricorso solo se il decorso del tempo o fatti sopravvenuti non abbiano arrecato un pregiudizio alla parte legittimata all'annullamento o non abbiano reso irrealizzabile il motivo a contrarre[107] .

Né a più appaganti esiti si perviene qualora si intenda ricercare nella dimensione temporale che contraddistingue il cd. presupposto il criterio in base al quale individuare il rimedio da applicare. Allorquando, infatti, ci si soffermi sul *quando* dell'evento ci si avvede di come il riferimento al tempo futuro, presente o passato non condiziona affatto la scelta del mezzo attraverso il quale definire le sorti del contratto. Un accadimento *futuro* (quale il matrimonio o la venuta ad esistenza della *res*, per restare alle ricordate esemplificazioni) può, così – volendo fermarsi alla lettera della legge –, determinare tanto la inefficacia (nel caso della donazione obnuziale) quanto la nullità (in quello della vendita di cosa futura) del contratto, mentre una situazione *passata* (quale la prestazione del consenso al riconoscimento del figlio infraquattordicenne da parte del genitore che abbia già riconosciuto[108] o quale il mancato pagamento del premio nell'assicurazione o l'inesistenza della *obligatio novanda*)[109] , può cagionare l'inefficacia dell'atto[110] o la risoluzione[111] o la nullità[112] .

L'assenza, pertanto, di riferimenti univoci e unitari dai quali argomentare e trarre la disciplina della presupposizione induce piuttosto a concentrare ogni attenzione in ambito pattizio e non già normativo, coerentemente con le premesse dalle quali muove la stessa presupposizione, che ha inizio e fine nella volontà (silenziosa) delle parti, le quali, concordemente sebbene tacitamente, addiventano alla decisione di concludere il contratto se e nella misura in cui

un determinato evento si verificherà (o non si verificherà) e di non restare vincolate alle relative obbligazioni se la situazione presupposta mancherà (o, all'inverso, si produrrà). Esse, quindi, nell'optare per un determinato tipo negoziale, sono perfettamente a conoscenza dell'alea normale che lo connota, dei pericoli ulteriori che potrebbero derivare dal cd. presupposto e della conseguente necessità di allocarli in modo conforme alle loro intenzioni. In tale direzione non sembra errato considerare la presupposizione un criterio di distribuzione del rischio^[113] relazionale ad una attività non già meramente interpretativa ma concretamente integrativa del regolamento contrattuale^[114], secondo principi di buona fede^[115] e di equità^[116], che tengano conto del peso e del rilievo che la regolata circostanza riveste nell'economia negoziale in quanto elementi di valutazione che, soli, possono giustificare un disallineamento rispetto alla regola del *pacta sunt servanda* ^[117].

Ogni soluzione^[118] va, allora, valutata casisticamente senza alcuna preclusione rimediabile^[119], sulla base degli effettivi interessi dei soggetti protagonisti delle esperienze giuridiche di vita per come indotte dal(l'imprevedibile) divenire^[120]: di qui la molteplicità di correttivi, che, concordati o condivisi dalle parti, possono assumere i più vari contenuti e trascorrere dalla invalidità, alla inefficacia, alla risoluzione, al recesso unilaterale esercitabile dalla parte penalizzata dall'evento presupposto, sulla quale rischierebbero di ricadere integralmente le conseguenze^[121]. L'accordo tra i contraenti, infatti, permette di superare l'obiezione che esclude l'applicabilità di tale ultimo rimedio in ragione del suo carattere eccezionale^[122] e ne consente l'esercizio oltre i limiti della disposizione codicistica, al fine di sottrarsi all'esecuzione della prestazione o di ripetere quella che sia stata già eseguita^[123].

L'impossibilità di una *reductio ad unitatem* che consenta di riassumere entro le maglie di un'unica disciplina gli effetti della presupposizione null'altro si rivela, allora, se non il riflesso, della natura poliedrica della figura che conserva ancora oggi un innegabile fascino dogmatico, specchio di concreti interessi, la cui malia si riverbera sul contratto fino a condizionarne inesorabilmente gli esiti, perché come ben aveva intuito il suo ideatore, «chi manifesta un volere sotto una presupposizione, vuole (...) che l'effetto giuridico voluto abbia ad esistere soltanto dato un certo stato dei rapporti»^[124]. E non già diversamente.

Note:

[1] Lo scritto da quale è tratto il virgolettato è di SSACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 cod. civ.*, in *Riv. dir. comm.*, 1948, 163.

[2] Così, ancora, SSACCO, *op. cit.*, 163.

[3] Il riferimento è alla celebre opera di WWINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Düsseldorf, 1862-1870, 226 ss. L'illustre giurista tedesco aveva, in realtà, già sviluppato la teoria sulla presupposizione nella sua monografia *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, Düsseldorf, 1850. Cenni si rinvenivano anche nella precedente *Zur Lehre des Code Napoléons von Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte*, Düsseldorf, 1847, 270 ss.

[4] In questi termini, ancora, SSACCO, *op. cit.*, 166.

[5] BBESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, 1969, 59.

[6] Rileva GGIORGIANI, voce «Causa (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1960, VI, 555, come Windscheid abbia finito per annegare la causa nel più ampio concetto di presupposizione.

[7] WWINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*, cit., 1 s., nonché Ild., *Diritto delle Pandette*, trad. it. a cura di FFADDA, BBENSA, I, Utet, 1902, 333 s.

[8] WWINDSCHEID, *op. ult. cit.*, 336.

[9] In tal senso le enunciazioni di principio della giurisprudenza italiana sotto l'impero del codice abrogato, per la cui ricostruzione si rinvia a BBESSONE, *op. cit.*, 71 ss.; CCOMPORTI, *Rassegna di dottrina e giurisprudenza sulla teoria della presupposizione*, in *Studi senesi*, 1960, III, 492 ss.

[10] CCASS. cCIV., 29.7.1938, n. 3088, in *Foro it.*, 1939, I, 83 s. In termini analoghi già CCASS. CIV., 26.4.1926, in *Foro it.*, 1926, I, 769.

[11] Per citare l'espressione di AALLARA, *Il testamento*, 2a ed., Cedam, 1936, 147, ripresa nel titolo del presente contributo.

[12] WWINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., 332 s., definisce la presupposizione «una limitazione della volontà che non si è svolta fino ad essere una condizione» e, quindi, una modalità non sviluppata. CCALVO, *L'equità nel diritto privato*, Giuffrè, 2012, 30, ascrive alla definizione del giurista tedesco valore eminentemente illustrativo.

[13] La conclusione è di SSANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, 9a ed., Jovene, 1989, 194. Nello stesso senso DDE MARTINI, *L'eccessiva onerosità nell'esecuzione dei contratti*, Giuffrè, 1950, 45 ss., per il quale la presupposizione riguarda esclusivamente i motivi se non si traduce, esplicitamente o implicitamente, in modalità contrattuale, rilevando, in tal caso, come clausola contrattuale.

[14] SSEGRETTO, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza*, in *Giust. civ.*, 1996, 59 ss.

[15] Secondo l'icastica espressione del giurista tedesco ripresa da AAMBROSOLI, *Presupposizione e gravità della turbativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 442.

[16] Sul principio della presupposizione AALPA, *I principi generali*, Giuffrè, 2006, 441. In generale sull'istituto Bessone, «Presupposizione» di eventi e circostanze all'adempimento, in *Foro pad.*, 1970, I, 804 ss.; Ild., *Presupposizione, "oggettività" delle circostanze e fonti di integrazione del rapporto obbligatorio*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1894; Ild., *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione (In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede)*, *ivi*, 1972, I, 1251; Ild., *Presupposizione, «causa» tipica del negozio, economia del contratto (e l'equivoco delle formule sulla pretesa «irrilevanza» dei «motivi»)*, in *Riv. dir. comm.*, 1979, II, 146 ss.; SSCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, 1992, 190 ss.

[17] Sul punto sia consentito il rinvio a CCARRABBA - SALITO, *Adeguamento del contratto tra principio del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus*, in *Contratto Impresa Europa*, 2021, 382 s.

[18] In questi termini NNAVARETTA, *CoViD-19, e disfunzioni sopravvenute dei contratti. Brevi riflessioni su una crisi di sistema*, in questa *Rivista*, 2020, suppl., 89, per la quale «se si condivide che la presupposizione si comporti in modo non radicalmente diverso dai presupposti causali [...] e se si prende atto che al funzionamento originariamente pattuito deve corrispondere, in fase esecutiva, una possibile attuazione del funzionamento programmato, salvo il ricorso ai rimedi sopravvenuti, il temporaneo venire meno della presupposizione viene ad essere disciplinato non diversamente dalla temporanea impossibilità della prestazione».

[19] La letteratura in materia è amplissima. *Ex plurimis*, così, CCOGLIOLO, *La c.d. clausola rebus sic stantibus e la teoria dei presupposti*, in *Scritti vari di diritto privato*, I, Utet, 1917, 417; FFERRARA, *Accenni sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1939, I, 83 ss.; BBIGIARI, *In materia di presupposizione*, in *Giur. it.*, 1948, I, 173 s.; MMARTORANO, *Presupposizione ed errore sui motivi nei contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, 69 ss.; CCOMPORTI, *op. cit.*, 492; BBRANCA, *Considerazioni pratiche sulla presupposizione*, in *Foro it.*, 1962, I, 239; GGIORINO, voce «Presupposizione», nel *Noviss. Digesto It.*, XIII, Utet, 1968, 780; CCANTELMO, *La presupposizione nella giurisprudenza italiana*, Giuffrè, 1969; GGENTILI, *Presupposizione, eccessiva onerosità sopravvenuta e sopravvenienza*, in *Giur. it.*, 1983, I, 1738 ss.; BBESSONE, D'ANGELO, voce «Presupposizione», in *Enc. del dir.*, Giuffrè, 1986, 326 ss.; PPIETROBON, voce «Presupposizione», in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 1 ss.; PPONTANI, *La presupposizione nella sua evoluzione, con particolare riferimento all'errore ed alla causa*, in *Quadr.*, 1991, 833 ss.; CCAMARDI, *Economie individuali e connessione contrattuale*, Giuffrè, 1997, 508 ss.; BBELFIORE, *La presupposizione*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato dir. priv.*, diretto da Bessone, Utet, 2000, 56 ss.; NNCOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, in *Eur. e dir. priv.*, 2001, 843 ss.; CCACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Giappichelli, 2004; FFERRI, *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Eur. e dir. priv.*, 2009, 331 ss.; MMAGGIOLO, *Presupposizione e premesse del contratto*, in *Giust. civ.*, 2014, 867 ss.; SSERAFIN, *La presupposizione*, Esi, 2021.

- [20] Contestano la riconduzione della presupposizione all'ambito delle sopravvenienze OOSILIA, *La sopravvenienza contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1924, 10 ss.; DDE SIMONE, *Ancora sulla sopravvenienza contrattuale nel diritto positivo*, in *Riv. dir. priv.*, 1940, 34 ss.
- [21] CCATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2016, 790 s.
- [22] È il caso di BBELFIORE, *La presupposizione*, cit., 56.
- [23] Lo si trae da FFADDA-BENSA, *Note e riferimenti al diritto civile italiano*, in WWINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., 578.
- [24] Cfr. CCASS. cCIV., 15.2.1932, n. 531, in *Foro it. Rep.*, 1932, voce *Obbligazioni e contratti*, n. 57.
- [25] Così, nel riprendere i precedenti, anni più tardi, CC ASS. CIV. , 31.10.1989, n. 4554 , in *Foro it. Rep.*, 1991, voce *Contratto in genere*, n. 289. La dottrina, dal canto suo, riconduceva l'essenza della presupposizione alla volontà tacita delle parti di non dare esecuzione al contratto se fossero variate le circostanze esistenti al momento della sua conclusione. Cfr. DDUSI, *Sulla clausola «rebus sic stantibus»*, in *Riv. dir. comm.*, 1915, II, 148 ss.; BBRUGI, *Impossibilità oggettiva della prestazione. Presupposizione e clausola «rebus sic stantibus»*, *ibidem*, 1923, II, 629 ss.
- [26] Come precisa CCATAUDELLA, *op. cit.*, 789.
- [27] Tra gli altri MMARTUSCELLI, *La presupposizione nel codice civile vigente*, in *Foro it.*, 1950, c. 174, che resta scettico rispetto alla presupposizione anche qualora l'evento presupposto sia noto all'altro contraente o da questi accettato.
- [28] L'affermazione dell'esistenza del principio di presupposizione si ritrova già in AAPP. FFIRENZE, 26.04.1966, in *Foro pad.*, 1968, 1675 ss.; CCASS. cCIV., 6.7.1971, n. 2140, in *Rep. gen. giur. it.*, 1971, II, 3023 ss.; CCASS. cCIV., 19.4.1974, n. 1080, in *Foro pad.*, 1974, I, 267 ss.
- [29] CCASS. cCIV., 17.9.1970, n. 1512, in *Foro it.*, 1971, I, 3028; CCASS. cCIV., 3.10.1972, n. 2828, *Giur. it.*, 1974, I, 83. Di recente TTRIB. Napoli, 23.2.2022, in *dejure*; CC ASS. cCIV. , 15.12.2021, n. 40279 , *ibidem*.
- [30] CC ASS. cCIV. , 15.12.2021, n. 40279 , cit.; CC ASS. cCIV. , 4.5.2015, n. 8867 , in *Diritto & Giustizia*, 2015, 5 maggio; CC ASS. cCIV. , 14.11.2006, n. 24295 , in *Guida al dir.*, 2007, 3, 50.
- [31] CC ASS. cCIV. , 15.12.2021, n. 40279 , in *dejure*; CC ASS. CIV. , 11.10.2021, n. 27528 , *ibidem*; TTRIB. PERUGIA, 26.3.2021, n. 516, *ibidem*.
- [32] CC ASS. cCIV. , 27.11.2012, n. 21094 , in *Guida al dir.*, 2013, 11, 37.
- [33] CC ASS. cCIV. , 6.10.2021, n. 27122 , in questa *Rivista* , 2022, I, 566.
- [34] Vedi però TTRIB. PPAVIA, 29.3.2022, in *dejure*, per il quale la conoscenza da parte dell'albergatore del motivo per il quale gli attori si erano recati presso la propria struttura (partecipare ad una gara ciclistica) non equivale a dire che lo stesso albergatore aveva affittato le proprie camere solo per consentire la partecipazione a detta competizione ciclistica.
- [35] La distinzione nei termini indicati è tracciata da MMARTUSCELLI, *op. cit.*, c. 170.
- [36] Ma sul punto ancora MMARTUSCELLI, *op. cit.*, c. 170, che, in senso esplicativo, adduce il seguente esempio: «se io, alla vigilia delle nozze di mio figlio con Tizia, vendo a Tizia un mio fondo, si possono distinguere tutti gli elementi come sopra elencati nel seguente modo: 1) la presupposizione, che riguarda il matrimonio che io ritengo avverrà domani, senza che la minima ombra di dubbio sulla sua effettuazione passi per la sua mente; 2) i motivi, che sono collegati alla presupposizione e nascono da essa, e che consistono nello scopo di fare cosa gradita a mio figlio, di fare crescere i miei nipoti nel fondo dove io sono cresciuto, ecc.; 3) la volontà che è quella pura e semplice di vendere il fondo. È evidente, e lo è anche a Tizia che conosce la floridezza della mia posizione economica e il mio attaccamento al fondo, che io vendo sotto la presupposizione del matrimonio. Se ora tale presupposizione viene meno, perché il matrimonio non è più celebrato, quale sorte subirà la compravendita?».
- [37] Lo ricorda SSACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 cod. civ.*, cit., 164.
- [38] CCARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Morano, 1948, 607.
- [39] PPIETROBON, *Errore, volontà e affidamento nel negozio giuridico*, Cedam, 1990, 469 ss.; *Id.*, *Presupposizione*, cit., 4 s. Per l'errore di fatto quale erronea presupposizione dell'esistenza o dell'inesistenza di fatti considerati nella loro dimensione storica di spazio e di tempo; in giur., invece, CC ASS. cCIV. , sez. un., 27.12.2017, n. 30994 ; successivamente in argomento Cass. cCIV. , 27.7.2023, n. 22969 , entrambe in *de jure*.
- [40] Il motivo comune si distinguerebbe da quello individuale noto alla controparte perché non atterrebbe al bisogno di una certa utilità o ad una valutazione della convenienza economica dell'affare, ma alla realtà che determina l'insorgere del conflitto di interessi tra i contraenti, ossia all'oggetto del contratto. Pertanto, più propriamente, dovrebbe parlarsi di errore sull'oggetto del contratto, che giustificerebbe l'annullabilità ai sensi dell'art. 1429 cod. civ., indipendentemente dal requisito della riconoscibilità, in quanto, appunto, errore comune. In merito, ancora, PPIETROBON, *Presupposizione*, cit., 5.
- [41] CCOMPORTI, *La presupposizione nella dottrina e nella giurisprudenza italiane*, in *Giust. civ.*, 1985, II, 103; GGALGANO, *Il contratto*, Cedam, 2007, 553 s.
- [42] *Amplius* sul punto GGIOVENE, *L'impossibilità della prestazione e la «sopravvenienza»*. (*La dottrina della clausola «rebus sic stantibus»*), Cedam, 1941, 117 ss.
- [43] MMARTORANO, *op. cit.*, 69 ss., per il quale non vale eccepire in senso contrario l'art. 1429 cod. civ., la cui elencazione non avrebbe carattere tassativo.
- [44] SSACCO, *La presupposizione e l'art. 1467 cod. civ.*, cit., 166.
- [45] Sul punto CCOSENTINO, *Presupposizione e sopravvenuta inedificabilità dei suoli*, in *Foro it.*, 1995, 1603.
- [46] In questi termini NNICOLUSSI, *op. cit.*, 855.
- [47] Sul ruolo dell'art. 1366 cod. civ., in particolare, BBETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassalli*, XV, 2, Utet, 1960, 451 ss. e 526 ss.
- [48] Sul rapporto tra la norma e il presupposto contrattuale si sofferma SSCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, 1992, 256 ss.
- [49] C.M. BBIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè, 1984, 435 ss.
- [50] Con accenti critici BBRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, in *Giust. civ.*, 2010, 238 ss.
- [51] Secondo il severo giudizio di Sacco - De Nova, *Il contratto*, I, Utet, 2004, 543.
- [52] È la nota posizione di OOERTMANN, *Die Geschäftsgrundlage. Ein neuer Rechtsbegriff*, Leipzig, 1921; *Id.*, *Allgemeiner Teil*, Berlin, 1927, 567.
- [53] Il virgolettato riproduce le parole di MMARTORANO, *op. cit.*, 86. Sul profilo della condivisione dello scopo *amplius* sul punto CCOLESANTI, *Poteri del giudice e cosiddetto «fondamento del negozio»*, in *Jus*, 1958, 395, per il quale al silenzio sul punto della controparte deve essere attribuito il valore di assenso ad elevare questa circostanza a fondamento dell'intero contratto.
- [54] PPIETROBON, *Presupposizione*, cit., 2.
- [55] MMARTORANO, *op. cit.*, 86, precisa, così, che la conoscenza del motivo non vale a trasformare in elemento del regolamento negoziale un fattore che ontologicamente si trova su un piano extranegoziale.
- [56] La sussistenza della funzione astratta, invece, resta garantita dall'inquadramento nel tipo negoziale prescelto.
- [57] CCATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, 1966, *passim* ed in part. cap. IV.
- [58] Tra gli altri BBESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 207; *Id.*, *Ratio legis dell'art. 1467 cod. civ. e risoluzione per eccessiva onerosità ed alea normale del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1977, II, 541.
- [59] Il nuovo indirizzo è stato inaugurato da CCASS. CIV., 17.5.1976, n. 1738, in *Foro it.*, 1976, I, c. 2399.
- [60] La causa, in tal senso, vale a rappresentare il concreto interesse perseguito dal privato e come tale non caratterizza necessariamente le singole operazioni economiche in senso tipologico, secondo la conclusione propria già di G.B. FFERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 126. In giur. significativamente CC ASS. CIV. , sez. un., 6.3.2015, n. 4628 , in *Foro it.*, 2015, 6, I, 2016, sottolinea come «sono molti i casi in cui la Corte, dichiaratamente o meno, ha lasciato da parte la teorica della funzione economico sociale del contratto e si è impegnata nell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie, cioè della ragione pratica dell'affare».
- [61] CCATAUDELLA, *Eccessiva onerosità sopravvenuta e presupposizione*, cit., 792.

- [62] Tornano alla mente le parole di Bonfante, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1908, I, 115, per il quale la causa era «la più filosofica delle parole», che «ha esercitato nel pensiero giuridico la sua fatale malia». Sullo studio della causa *ex plurimis* Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, nel *Tratt. del contratto*, a cura di RROPPO, II, AA. VV., *Regolamento*, Giuffrè, 2006, 85 ss.; SSACCO, *La causa*, in *Il contratto*, nel *Trattato di diritto civile*, a cura di SSACCO, Utet, 2004, 635 ss.; BBRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: la tutela*, in *Il contratto e le tutele*, *Prospettive di diritto europeo*, a cura di MAZZAMUTO, Giappichelli, 2002, 249; AALPA, *La causa e il tipo*, nel *Tratt. dei contratti*, a cura di GGABRIELLI, diretto da RRESCIGNO, I, *I contratti in generale*, Utet, 1999, 483 ss.; CCARUSI, *La disciplina della causa*, in *I contratti in generale*, cit., 1999, 531 ss.; BBRECCIA, *Causa*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da BBESSONE, III, *Il contratto in generale*, Utet, 1999, 7 ss.; BBETTI, *op. cit.*, *passim*; GGAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità del vincolo e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, I, 54 ss.; DDE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Cedam, 1974, 59 ss.; SSACCO, *Autonomia contrattuale e tipi*, in *Riv. trim.*, 1966, 790 ss.; PPUGLIATTI, *Nuovi aspetti del problema della causa dei negozi giuridici*, in *Diritto civile*, Giuffrè, 1961, 91 ss.; GGIORGIANI, voce «Causa (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, VI, 1960, 547 ss.; RREDENTI, *La causa del contratto secondo il nostro codice*, in *Riv. trim.*, 1950, 896; OOSILIA, *Considerazioni sulla causa del contratto*, in *Riv. trim.*, 1949, 344; BBARASSI, voce «Causa», in *Enc. giur. it.*, III, 1905, 922 ss.
- [63] Cfr. AAMBROSOLI, *op. cit.*, 444.
- [64] Così CCAMARDI, *op. cit.*, 465 s.
- [65] In questi termini, ancora, CCAMARDI, *op. cit.*, 509.
- [66] Lo ricorda, analizzando la casistica anglosassone, NNICOLUSSI, *op. cit.*, 857. Per la dottrina italiana, l'indicazione di ricondurre la presupposizione alla impossibilità sopravvenuta emerge in BBELFIORE, *op. cit.*, 69.
- [67] Caso da cui ha avuto origine la c.d. *doctrine of impossibility*. Per una ricostruzione generale CCORBIN, *Contracts*, §§ 1320-72 (1962); WWILLISTON, *Contracts*, §§ 1931-79 (rev. ed. WWILLISTON & TTOMPSON 1938). Più di recente RRICARDS, *Law of contract*, Londra, 2005, 6 ss. Per un approfondimento sulle diverse fattispecie di *frustration* TTREITEL, *An Outline of the Law of Contract*, 5a ed., London, 1995, 335. Ampio, invero, è il dibattito nella dottrina inglese sul fondamento della *doctrine*. Tra gli altri v. SSMITH, *Contracts – mistake, frustration and implied terms*, in *Law Quarterly Review*, 1994, 110, 400 ss.
- [68] E.g., TTSAKIROGLOU & Co Ltd v NNOBLEE THORL GmbH [1962] AC 93. Cfr. Birmingham, *A Second Look at the Suez Canal Cases: Excuse for Nonperformance of Contractual Obligations in the Light of Economic Theory*, in *20 The Hastings Law Journal* (1969), 1400 ss.
- [69] CCASTRONOV - MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato Europeo*, Giuffrè, 2007, 527, ricordano come nonostante l'importanza dell'impedimento, i giudici dell'epoca ritennero «che le prestazioni erano divenute solo economicamente più onerose, ma non *radically different*, e che ciò non era sufficiente a far pronunciare la risoluzione dei contratti anche perché, come dichiarato nelle sentenze stesse, le merci in questioni non erano deperibili».
- [70] NNICOLUSSI, *op. cit.*, 858, nt. 23, aggiunge, altresì, che «rappresentare il fatto della manifestazione come oggetto di una garanzia significa infatti ricondurre all'area dell'inadempimento del contratto (o della *lex contractus*) il mancato svolgersi della manifestazione aggravando la posizione del locatore ancora di più che non qualificando impossibile la sua prestazione». Rileva, a sua volta, AAMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Giuffrè, 2002, 266, che «il legislatore ha dotato l'interprete di strumenti limitati: l'impossibilità sopravvenuta determina l'estinzione dell'obbligazione (artt. 1218 e 1256 cod. civ.) e la risoluzione del contratto (art. 1463 cod. civ.), salvo che sia dipesa da fatto imputabile al debitore, nel qual caso sorge responsabilità (artt. 1176 e 1218 cod. civ.) e si determina risoluzione secondo lo schema dell'art. 1453 cod. civ. Non è stata invece prevista una disciplina specifica per il caso in cui la ragione della impossibilità sia dipesa da fatto del creditore: a tal proposito, l'unica figura è quella della mora del creditore, che però presuppone la perdurante possibilità della prestazione».
- [71] Così, ancora, NNICOLUSSI, *op. cit.*, 858, nt. 23.
- [72] Nell'ipotesi di presupposizione unilaterale, infatti, non si scorge «come l'affidamento sul valore vincolante dell'impegno intenzionalmente assunto dal dichiarante possa venir meno, o comunque perdere la sua giustificazione per il fatto che la controparte abbia tenuto in conto il presupposto»: CCATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 263.
- [73] Puntuale in argomento NNICOLUSSI, *op. cit.*, 843.
- [74] A giudizio di CCOSTANZA, *Profili dell'interpretazione del contratto secondo buona fede*, Giuffrè, 1989, 179 e 182, la presupposizione si sostanzia in un «metodo ermeneutico»; pertanto, la varietà di rimedi prospettabili dipende «dalla diversa incidenza che il presupposto può assumere nel singolo contratto».
- [75] CCATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, cit., 232 ss.
- [76] Vedi PPIETROBON, *Presupposizione*, cit., 3.
- [77] CCASS. CIV., 17.5.1976, n. 1738, in *Giust. civ.*, 1976, 977.
- [78] Sul rimedio risolutorio, tra gli altri, CCOSTANZA, *Dalla causa alla presupposizione*, in *Giust. civ.*, 1988, II, 291; PPEREGO, *La presupposizione come istituto giurisprudenziale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1983, 735.
- [79] Sul concetto di causa, BBETTI, *op. cit.*, 45 ss.; GGORLA, *Il contratto*, Giuffrè, I, 1954, 274.
- [80] SSEGRETTO, *op. cit.*, 61 s.
- [81] Cfr. C.M. BBIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Giuffrè, 1984, 440.
- [82] L'accostamento ritorna in Bigiavi, *In materia di presupposizione*, cit., 49; CCATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 296 ss.
- [83] In merito GGIRINO, *op. cit.*, 775.
- [84] BBELFIORE, *La presupposizione*, cit., 1, ritiene che la risoluzione non sia riconducibile agli enunciati del codice.
- [85] Per riprendere l'espressione di MMARTUSCELLI, *La presupposizione nel codice civile vigente*, cit., 169. Con l'introduzione dell'art. 1467 cod. civ., infatti, si riconosce la rilevanza degli eventi sopravvenuti all'interno delle dinamiche negoziali.
- [86] Come suggerisce CCATAUDELLA, *op. ult. cit.*, 793.
- [87] CC ASS. , c.civ. , 15.12.2021, n. 40279 , in *Dir. e giust.*, 2021, 12, per la quale il perdurare di determinate condizioni di mercato, oggettive ed esterne, rispetto al contratto, non può essere considerato quale presupposto implicito di un accordo negoziale, in quanto la valutazione della permanenza di tali condizioni rientra nella normale alea che ciascun contraente accetta prima di intraprendere un rapporto contrattuale destinato a protrarsi nel tempo. A diversa conclusione può giungersi soltanto ove le suddette condizioni, mutando, integrino la situazione di straordinarietà ed imprevedibilità delineata dall'art. 1467 cod. civ., ovvero allorquando sia lo stesso legislatore a contemplare il mutamento delle condizioni oggettive del mercato quale presupposto legittimante una anticipata richiesta di porre fine al rapporto contrattuale.
- [88] Lo precisa SSACCO - DE NOVA, *Il contratto*, cit., 543, nt. 5.
- [89] CCAMARDI, *op. cit.*, 508.
- [90] Vedi GGENTILI, *op. cit.*, 1738.
- [91] Cfr. SSEGRETTO, *op. cit.*, 59 ss.
- [92] La definisce così RROPPO, *Il contratto*, nel *Trattato Iudica-Zatti*, Giuffrè, 2011, 967.
- [93] Il virgolettato riproduce le parole di SSERAFIN, *La presupposizione*, cit., 215 s.
- [94] Come rileva SSACCO, DE NOVA, *Il contratto*, cit., 542.
- [95] Secondo la qualificazione di GGIORGIANI, *Negozi giuridici collegati*, Soc. ed. Foro it., 1937, 341.
- [96] Da ultimo sul rilievo degli interessi individuali nella presupposizione LLOPINTO, *Sugli interessi nel contratto presupposizione, causa, motivi e negozio di accertamento*, in *Il caso.it*, 12.10.2021.
- [97] Per BBELFIORE, *La presupposizione*, cit., 35 ss., «se si vuole rappresentare per grandi linee la vicenda della presupposizione si può soltanto dire che essa ha ruotato attorno al tema generale dei criteri di giuridicizzazione o selezione degli interessi (delle situazioni o circostanze) puntualmente non regolati né in via pattizia né in via normativa, e si è andata confusamente svolgendo attraverso due itinerari essenzialmente diversi, rispettivamente incentrati, l'uno sul profilo dell'autointegrazione del regolamento pattizio e, l'altro, sul profilo dell'autointegrazione delle discipline legali». L'idea della presupposizione quale «criterio di giuridicizzazione di interessi delle parti» è ripresa da BBRUNO, *La questione delle sopravvenienze: presupposizione e rinegoziazione*, cit., 235.
- [98] TTRIB. BOLOGNA, 1.4.2022, in *Guida al dir.*, 2022, 31, 32.

[99] Per la giur. di merito, tra le altre, TRIB. Perugia, 21.10.2021, in *dejure*, TRIB. AAVEZZANO, 3.9.2019, *ibidem*. Per la giur. di legittimità, da ultimo, CC ASS. CIV. , 12.1.2023, n. 639 ; CC ASS. CIV. , 28.6.2023, n. 18483 ; CC ASS. CIV. , 8.6.2023, n.16339 , tutte in *dejure*.

[100] CC ASS. CIV. , 13.10.2016, n. 20620 , in *Condominioelocazione.it*, 31.7.2017.

[101] CC ASS. CIV. , 6.4.2023, n. 9455 , in *dejure*.

[102] Per riprendere l'espressione icastica di NNICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, cit., 860.

[103] TRIB. BRESCIA, 9.10.2019, in *dejure*. Ma v. anche TRIB. MASSA, 25.8.2015, in *dejure*, per il quale la presupposizione, salvo che le parti di comune accordo non provvedano alla rinegoziazione, non può che determinare la caducazione del contratto.

[104] Sulla natura di *condicio iuris* della celebrazione del matrimonio v. CCARRABBA, *Donazioni*, nel *Tratt. dir. civ. CNN*, diretto da PPERLINGIERI, Esi, 2009, 352 s.

[105] Cfr. CC ASS. CIV. , 30.6.2011, n. 14461 , in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 6, 979, per la quale «nell'ipotesi di *emptio spei speratae*, a norma dell'art. 1472 , comma 2, cod. civ., la vendita è soggetta alla *condicio iuris* della venuta ad esistenza della cosa alienata, la cui mancata realizzazione comporta non già la risoluzione del contratto per inadempimento, bensì la sua nullità per mancanza dell'oggetto».

[106] Nel contratto a favore di terzo occorre distinguere la titolarità del diritto (che appartiene al terzo che non diventa mai parte del contratto) dalla titolarità del rapporto contrattuale, che fa capo ai contraenti tradizionalmente denominati stipulante e promittente. Il terzo beneficiario, infatti, non è parte né in senso sostanziale né in senso formale e si limita a ricevere gli effetti di un rapporto già validamente costituito ed operante, configurandosi la sua adesione – rilevabile per *facta concludentia* – come mera *condicio iuris* sospensiva dell'acquisizione del diritto, restando la dichiarazione del terzo di voler profittare del contratto necessaria soltanto per renderlo irrevocabile ed immodificabile ex art. 1411 , terzo comma, cod. civ. Cfr. CC ASS. CIV. , 30.3.2021, n. 8766 , in *Giust. civ. Mass.*, 2021.

[107] Come appunta, ZZACCARIA, *sub art. 1432* , nel *Comm. cod. civ.*, a cura di CCIAN e TRABUCCHI, Cedam, 1997, 1343 ss.

[108] Cfr. CC ASS. CIV. , 22.7.2022, n. 22953 , in *Giust. civ. Mass.*, 2022, per la quale prestazione del consenso al riconoscimento del figlio infraquattordicenne da parte del genitore che l'abbia già riconosciuto, ai sensi del comma 3 dell'art. 250 cod. civ., non è elemento costitutivo della fattispecie, ma *condicio iuris* dell'efficacia dell'atto di riconoscimento, di talché, ove tale consenso manchi la fattispecie è perfetta, ma improduttiva di effetti.

[109] CC ASS. CIV. , 3.12.2021, n. 38216 , in *Giust. civ. Mass.*, 2022, ricorda, da ultimo, come il contratto di assicurazione sia concluso nel momento in cui il proponente ha notizia dell'accettazione della sua proposta ma la sua efficacia è subordinata dalla legge alla *condicio iuris* del pagamento del premio (art. 1899 cod. civ.), avendo l'assicuratore bisogno di quest'ultimo per costituire la riserva sinistri, senza la quale non potrebbe far fronte agli impegni nei confronti della massa degli assicurati.

[110] Ed ancora, ad un evento presente quale, ad esempio, la tempestiva opposizione del debitore può seguire la risoluzione della remissione (art. 1236 cod. civ.).

[111] Per CC ASS. CIV. , 9.6.2014, n. 12914 , in *Dir. e giust.*, 2014, 10 giugno, il debitore può soltanto paralizzare l'efficacia della remissione, ovvero determinarne la risoluzione per l'avverarsi di una *condicio iuris*, mediante la tempestiva opposizione prevista dall'ultima parte dell'art. 1236 cod. civ.

[112] Sebbene l'art. 1234 , 1° comma, cod. civ. discorra di inefficacia del contratto novativo, la dottrina ritiene che l'inesistenza della *obligatio novanda* determini la nullità della novazione, in ragione del difetto di causa che si verrebbe a determinare: l'obbligazione originaria, infatti, non costituisce un semplice presupposto della novazione, ma ne integra lo schema causale. Cfr. MMAGAZZÙ, voce «Novazione (dir. civ.)», in *Enc. del dir.*, XXVI, Milano, 1978, 823. Ma v. anche PPERLINGIERI, *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento* (artt. 1230-1259), nel *Commentario Scaloja-Branca*, Zanichelli, 1982, 137 ss.; DD PRISCO, *Novazione*, nel *Tratt. dir. priv.*, diretto da RRESCIGNO, Utet, 1999, 356 ss. Discorre di nullità ex art. 1234 cod. civ. a causa della impossibilità originaria dell'oggetto, BUCCISANO, voce «Novazione», in *Enc. giur. Treccani*, XXI, 1990, 67.

[113] AALPA, *Rischio contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1986, 619 ss.; BBESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, cit., 207 ss., che imposta il problema della presupposizione in termini di ripartizione del rischio contrattuale.

[114] Così, ancora, BBESSONE, *op. ult. cit.*, 207 ss.; lld., *Errore sul motivo, «fausse cause» e questioni di presupposizione*, in *Foro it.*, 1972, IV, 35; lld., voce «Presupposizione», in *Enc. del dir.*, XXXV, Giuffrè, 1986, 326.

[115] Sul valore della buona fede quale fonte di integrazione del contratto, *inter alia*, PPIRANO, *L'integrazione del contratto e il precetto di buona fede*, in AA.Vv., *Correzione e integrazione del contratto*, a cura di VVOLPE, Zanichelli, 2016, 43 ss.; BBENATTI, *La clausola generale di buona fede*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, I, 2009, 241-252; BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Giappichelli, 2006; GGRONDA, *Solidarietà e contratto: una lettura costituzionale della clausola generale di buona fede*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2006, 711; AALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita not.*, 2002, 623 ss.; C.M. BBIANCA, Patti, *Buona fede (in senso oggettivo)*, in *Lessico in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, 537-559; FFRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, 83 ss.; RRICCIO, *La clausola generale di buona fede è, dunque, un limite generale all'autonomia contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 1999, 21; Galgano, *Sull'equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 1993, 419 ss.; BBESSONE - DDANGELO, voce «Buona fede», in *Enc. giur. Treccani*, vol. V, Roma, 1988, 1 ss.; BBIGLIAZZI GERI, voce «Buona fede nel diritto civile», nel *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, II, Utet, 1988, 154 ss.; NNANNI, *La buona fede contrattuale*, Cedam, 1988; MMENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; CCRISCUOLI, *Buona fede e ragionevolezza*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1984, 709 ss.; CCATTANEO, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, 628; BBIGLIAZZI GERI, *Note in tema di interpretazione secondo buona fede*, Pacini, 1970; GGAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Giuffrè, 1970; RRODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, 1969; PPIETROBON, *Il dovere generale di buona fede*, Cedam, 1969; BBRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, 1968 Stolfi, *Il principio della buona fede*, in *Riv. dir. comm.*, 1964, I, 166 ss.

[116] Da ultimo sul valore dell'equità SSICCHIERO, *La prima applicazione giurisprudenziale sull'intervento giudiziale fondato sull'equità ex art. 1374 (Nota a Trib. Treviso, 21.12.2020)*, in *Giur. it.*, 2021, 590. Per una ricostruzione dell'equità quale fonte di regole dettate dall'esperienza cfr. RROMANO, voce «Equità (dir. priv.)», in *Enc. del dir.*, XV, Giuffrè, 1966; DDE CUPIS, *Precisazioni sulla funzione dell'equità nel diritto privato*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 636 ss.; RRODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., 165 ss.; GGAZZONI, *Equità e autonomia privata*, cit., 176; TTUCCI, *L'equità del codice civile e l'arbitrato di equità*, in *Contr. e impr.*, 1998, 486; RRUSSO, *Sull'equità dei contratti*, Esi, 2001; PPERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, 1149 ss.; SICCHIERO, *Un nuovo ruolo per l'equità ex art. 1374 cod. civ.*, in *Giur. it.*, 10, 2020, 2317 ss. Sui rapporti tra buona fede ed equità, si v. BBUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, I, 556 s.; Franzoni, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., 83 ss.; Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato – Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, 1970.

[117] CCASS., *Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale*, Relazione tematica, Roma, 8.7.2020, 22.

[118] L'idea che la presupposizione risponda ad esigenze di giustizia sostanziale è stata ripresa più volte, nel corso del tempo. Per tutti CCACCAVALE, *Giustizia del contratto e presupposizione*, cit., 182 ss., in cui si evidenzia il diretto collegamento esistente tra l'idea di giustizia e la presupposizione. Imposta, invece, il discorso su una ricerca del giusto assetto di interessi CCAMARDI, *op. cit.*, 20 ss.

[119] PPERLINGIERI, *Il giusto rimedio nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 1 ss.

[120] Sia consentito nuovamente il rinvio a CCARRABBA, SALITO, *Adeguamento del contratto tra principio del pacta sunt servanda e clausola rebus sic stantibus*, cit., 403.

[121] In quest'ottica il significato della preclusione contenuta nell'art. 1373 cod. civ., sembra essere proprio quello di evitare che il contraente che si sia avvantaggiato dalla prestazione già eseguita, anche solo in parte, sia esonerato dal pagarne i costi. Il senso che si può far emergere dalla preclusione di cui all'art. 1373 cod. civ. – afferma NNICOLUSSI, *Presupposizione e risoluzione*, cit., 861 – sembra essere quello secondo cui «il recesso, ove possa essere esercitato dopo l'inizio dell'esecuzione, non esonera dal dover pagare i costi, non il prezzo, di una prestazione già iniziata e che non possa essere restituita». In giur. ricollega al mancato avverarsi dell'evento presupposto il recesso CC ASS. CIV. , 24.8.2020, n. 17615 ; CC ASS. CIV. , 27.11.2012, n. 21094 , entrambe in *dejure*.

[122] Carattere eccezionale che gli deriva dall'essere derogatorio della disciplina generale in materia dei mezzi di impugnazione.

[123] GGALGANO, *Il contratto*, cit., 556 s. Ma per la soluzione del recesso anche MMACIOCE, *La presupposizione*, in *I contratti in generale*, a cura di AALPA e BBESSONE, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto civile e commerciale*, diretta da BBIGIARI, Utet 1991, 487; GGABRIELLI, PPADOVINI, voce «Recesso (diritto privato)», in *Enc. del dir.*, XXXIX, Giuffrè, 1988, 27 ss. nonché DDE NOVA, voce «Recesso», in *Digesto IV ed., Disc. priv., sez. civ.*, XVI, Utet, 1997, 316, i quali distinguono il recesso determinativo, che ha la funzione di integrare i contratti di durata privi di termine finale dal recesso con funzione di impugnazione, che determina lo scioglimento del vincolo contrattuale che sia inficiato da vizi genetici (artt. 1537 , 1538 , 1893 cod. civ.) o sopravvenuti (artt. 24 , 2118 , 2119 , 2885 cod. civ.), o che opera come strumento di reazione a modifiche del contratto apportate unilateralmente dalla controparte (artt. 1660 , 1809 , 2307 , 2437 cod. civ.) e dal recesso come *ius poenitendi*, inteso come «facoltà di ripensamento» attribuita a una parte, in ragione della perdita di interesse al contratto.

[124] WWINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 333 se.