

rivista di diritto privato

1 anno XIX - gennaio/marzo 2014

Comitato scientifico

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

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

rivista di diritto privato

Publicazione trimestrale

Editrice: Cacucci Editore S.a.s.

Via D. Nicolai, 39 – 70122 Bari (BA)

www.cacuccieditore.it – e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Telefono 080/62030890 – Fax 080/5234777

Direttore responsabile: Nicola Cacucci

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

Direttore: Giorgio De Nova

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

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

Redazioni

Milano: Francesco Delfini, Gregorio Gitti, Arturo Maniaci

Bari: Adriana Addante, Caterina Calia,
Claudia Morgana Cascione

Fotocomposizione e stampa

Ragusa Grafica Moderna S.r.l. – Bari

Autorizzazione Tribunale di Bari n. 16 Reg. Stampa
del 16/04/2009. Num. R.G. 1500/2009

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.A. – Spedizione
in abbonamento postale – D.L. 335/2003 (conv.
in L. 27 febbraio 2004, n. 46) art. 1, comma 1.

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

Abbonamento annuale: Italia € 135,00 – Estero € 270,00.

Prezzo singola copia: € 38,00.

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

Per l'invio di corrispondenza: Cacucci Editore S.a.s. –
Redazione, Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

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

Cacucci Editore S.a.s. – Servizio clienti,
Via Nicolai, 39, 70122 Bari.

Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777,

e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato,

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

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

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

CRITERI DI SELEZIONE DEI CONTRIBUTI PUBBLICATI

I contributi pubblicati nelle rubriche "Saggi e pareri", "Profili e documenti", "Difese e decisioni" e "Problemi delle professioni" sono assoggettati alla procedura di referaggio anonimo (sistema del *blind peer review*).

L'Autore di uno scritto che aspiri ad essere pubblicato in questa Rivista deve inviare il proprio lavoro alla Redazione, la quale svolgerà un esame preliminare concernente:

- la attualità del contributo;
- la pertinenza dell'argomento oggetto del contributo con le materie trattate dalla Rivista.

In caso di accettazione del contributo per la sottoposizione alla procedura di referaggio, il Direttore invia il contributo ad uno o più esperti del tema trattato, designati dal Direttore preferibilmente fra i componenti del Comitato Scientifico.

Il revisore (o i revisori) formulerà (o formuleranno) il proprio giudizio, tenendo conto dei seguenti parametri:

- correttezza e coerenza dell'impostazione metodologica;
- originalità dello scritto;
- adeguatezza della bibliografia e della giurisprudenza citate;
- chiarezza espositiva.

Sulla base di tali parametri, l'esito del referaggio può comportare: un giudizio di idoneità alla pubblicazione senza modifiche; un giudizio di idoneità alla pubblicazione, subordinato al previo apporto di modifiche e/o integrazioni (che verranno indicate all'Autore); un giudizio di non idoneità alla pubblicazione.

In caso di giudizio discordante fra più revisori, la decisione finale verrà assunta dal Direttore.

In caso di contributi provenienti da Autori di particolare fama o prestigio, il Direttore, sotto la sua responsabilità, può decidere di pubblicare il contributo, senza sottoporlo alla procedura di referaggio.

rivista di diritto privato

2014

Comitato scientifico

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

Direzione

Giorgio De Nova
Mario Cicala
Enrico Gabrielli
Luigi Augusto Miserocchi
Vincenzo Roppo
Giuliana Scognamiglio
Giuseppe Tucci
Giuseppe Vettori



CACUCCI
EDITORE

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

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

SOMMARIO 1/2014

Saggi e pareri

- Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria**
di Giorgio De Nova 7
- Legal education in civil and common law.**
Lawyers and sport law in civil law
di Francesco Delfini 11
- Gli obblighi informativi precontrattuali nella Proposta di Regolamento per un “Diritto comune europeo della vendita”**
di Adriana Addante 17
- Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica**
di Lorenzo Scarano 61
- Arbitraggio e perizia contrattuale nelle clausole *Price Adjustment* ed *Earn Out***
di Francesco L. Gambaro 93

Problemi delle professioni

- Interferenze tra comunione e condominio nella recente evoluzione giurisprudenziale. L’area esterna, la costruzione su suolo comune e il principio dell’accessione**
di Rosario Franco 135

Saggi e pareri

Due annotazioni in tema di trasparenza bancaria

di Giorgio De Nova

1. Il sistema

Alla trasparenza «*delle condizioni contrattuali e dei rapporti con i clienti*» è dedicato il Titolo VI del TUB, che si articola poi in un Capo I, Operazioni e servizi bancari e finanziari, in un Capo II, Credito ai consumatori, in un Capo II-*bis*, Servizi di pagamento, in un Capo III, Regole generali e controlli.

Si pone, innanzitutto, una questione di sistema: se le norme del Capo I costituiscano una parte generale, e le norme del Capo II e del Capo II-*bis* costituiscano una parte speciale.

La questione è rilevante perché se la risposta è affermativa le norme del Capo I si applicano anche, ad esempio, al credito ai consumatori, salvo che per questi vi sia una disciplina particolare in deroga.

La risposta era in effetti affermativa, perché il vecchio testo dell'art. 115 TUB al terzo comma disponeva che «*le disposizioni del presente Capo [il Capo I, sulle Operazioni e servizi bancari e finanziari] si applicano alle operazioni previste dal Capo II del presente titolo [cioè al credito al consumo] per gli aspetti non diversamente disciplinati*».

Qui il linguaggio del legislatore è chiaro: secondo la nozione che si trae dall'art. 15 del codice penale, quando più disposizioni regolano la stessa materia la disposizione di legge speciale deroga alla disposizione di legge generale, e, per converso, in difetto di disposizione di legge speciale in deroga si applica la legge generale.

Ma dal 2011 le cose sono cambiate: è entrato in vigore il nuovo 3° comma dell'art. 115 TUB, che così dispone: «*le disposizioni del presente capo, a meno che siano espressamente richiamate, non si applicano ai contratti di credito disciplinati dal capo II e ai servizi di pagamento disciplinati dal capo II-*bis**».

È dunque venuto meno il rapporto regola generale / regola speciale tra il Capo I da un lato e i Capi II e II-*bis* dall'altro: il Capo I non è una parte generale, che detti norme che si applicano (in linea di principio e salva deroga da parte di una norma speciale) anche al credito ai consumatori e ai servizi di pagamento; il credito ai consumatori ha la propria autonoma disciplina nel Capo II, integrata dalla norma del Capo I (e da quelle sole) che siano «espressamente richiamate»; lo stesso vale per i servizi di pagamento.

È vero che gli espressi richiami sono molteplici.

Ma ciò non toglie che in assenza di un espresso richiamo le norme del Capo I non possono applicarsi, ad esempio, al credito ai consumatori: così se consideriamo gli espressi richiami dell'art. 125-*bis*, 2° comma, non può applicarsi l'art. 120-*ter*, anche se l'estinzione anticipata dei mutui immobiliari, qualora si tratti di acquisto di unità immobiliari adibite ad abitazione, concerne i consumatori; né può applicarsi l'art. 116, 4, secondo cui «*le informazioni pubblicizzate non costituiscono offerta al pubblico a norma dell'art. 1336 del codice civile*», quasi che, se indirizzate ai consumatori, lo sarebbero; né può applicarsi l'ottavo comma dell'art. 117, che attribuisce alla Banca d'Italia il potere di prescrizione che determinati contratti abbiano un contenuto tipico determinato, quasi che un siffatto potere non abbia ragion d'essere per i contratti dei consumatori.

La Banca d'Italia, nelle Istruzioni sulla trasparenza, non pare tenere conto dell'intervenuta modifica legislativa, e nel testo rivisto di recente sottoposto a consultazione continua a mantenere l'affermazione secondo cui «*le disposizioni in materia di trasparenza (titolo VI del T.U.; delibere del CICR citate nel paragrafo 2 e presente provvedimento) si applicano – salva diversa previsione – a tutte le operazioni e a tutti i servizi disciplinati ai sensi del titolo VI del T.U.*».

2. Il potere di connotazione della Banca d'Italia

Ho accennato al potere di connotazione della Banca d'Italia, e su questo ulteriore profilo vorrei soffermarmi.

Quando me ne sono occupato – giusto venti anni fa – ho preso posizione affermando che la norma attribuisce alla Banca d'Italia il potere di fissare il contenuto tipico di determinati contratti esistenti nella prassi allo scopo di evitare che il cliente sia vittima della falsa informazione che potrebbe derivare da una dissociazione tra *nomen* e contenuto: per questo ho parlato di connotazione.

Questa lettura è ancor oggi prevalente.

Altri hanno invece letto la norma come attribuiva alla Banca d'Italia di un generale potere regolamentare.

Il quadro normativo è oggi caratterizzato da tre norme: oltre all'art. 117.8 occorre richiamare l'art. 127.2, secondo cui «*le nullità previste dal presente titolo operano soltanto a vantaggio del cliente e possono essere rilevate d'ufficio dal giudice*» (precisazione rilevante, perché comporta la responsabilità del notaio ex art. 28 L.N.) e l'art. 144. 3*bis*, lett. b) che prevede una sanzione amministrativa in caso di «*offerta di contratti in violazione dell'art. 117, comma 8*» (il che fa intendere che la nullità dei contratti difformi è integrale e si accompagna al divieto).

Le applicazioni da parte della Banca d'Italia a me note sono: (i) le disposizioni di vigilanza di Banca d'Italia, provv. 29.7.2009, Titolo V, Cap. III, che danno indicazioni vincolanti sulle caratteristiche delle obbligazioni, dei certificati di deposito e

dei buoni fruttiferi; (ii) le disposizioni in materia di cambiali finanziarie (Titolo XI, Cap. II); (iii) le disposizioni di trasparenza provv. 29.7.2009, Sez. III, par. 4, sul c.d. conto corrente semplice, che saranno sostituite dalle disposizioni sul conto di base, secondo un testo su cui si è da poco esaurita la consultazione.

Le ultime disposizioni, sul conto corrente semplice (o di base) vanno oltre la connotazione, come da me originariamente intesa, perché non si limitano a connotare tipi contrattuali esistenti nella prassi, bensì creano un contratto nuovo: ciò anche se – come *nomen* – il conto di base è stato previsto dall'art. 12, 3° comma, d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, conv. in l. 22 dicembre 2011, n. 214, e le sue caratteristiche sono stabilite da una convenzione in data 20 aprile 2012 tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze, la Banca d'Italia, l'ABI, Poste Italiane S.p.A. e AIIP.

Restando alla connotazione come tale, mi chiedo se non sarebbe opportuno un ulteriore intervento della Banca d'Italia in tema di obbligazioni.

È noto il *décalage* che si è verificato in tema di obbligazioni.

Dalla obbligazione come diritto di credito alla percezione periodica dell'interesse stabilito e, soprattutto, alla scadenza, alla restituzione del capitale, in cui il rapporto sottostante al titolo è un mutuo (l'art. 2416, n. 6 cod. civ. parla di "rimborso del prestito"), si passa, alle obbligazioni subordinate (in cui il diritto degli obbligazionisti alla restituzione del capitale ed agli interessi può essere, in tutto o in parte, subordinato alla soddisfazione di altri crediti della società: art. 2411, 1° comma) e alle obbligazioni strutturate (in cui nel titolo di debito vengono inseriti strumenti derivati, con conseguente possibilità che venga meno la garanzia del rimborso del capitale: art. 51 Delibera Consob n. 11971/99) sino a far venire meno la caratteristica tipica del diritto alla restituzione del capitale.

Ci si può allora chiedere (soprattutto in momenti come questi, in cui si parla di "bail-in" per le obbligazioni bancarie subordinate) se l'utilizzo del termine "obbligazione", sia pure accompagnato da aggettivi, non sia decettivo.

Ciò detto, la riflessione porta alla lettura estensiva dell'art. 117, 8 comma, come potere regolamentare generale. È forte la suggestione che viene dal settore parallelo dell'intermediazione finanziaria, dove si parla di superamento della trasparenza verso forme di *product intervention*. Già la FCA inglese dal 2011 interviene per interdire la diffusione di prodotti finanziari pericolosi. La proposta di regolamento MiFIR agli artt. 31 e 32 prevede poteri di intervento sui prodotti.

Ma qui, appunto, siamo fuori dalla trasparenza, per quanto la si intenda in senso lato.

Legal education in civil and common law. Lawyers and sport law in civil law^{*}

di Francesco Delfini^{**}

In my address and introduction I would point out how in a legal field such as sports law, we can find a convergence between civil law and common law legal practice, typical of the present globalisation era.

Using a little generalisation and simplification, we can broadly split legal systems into those of common law tradition and those of civil law tradition.

The first range from the United Kingdom to Ireland, the British Commonwealth including Australia and the centre – western Canada and, of course, most of the United States of America.

The latter include continental Europe – whose law derives in some way from Roman law through the “*diritto comune*” taught and learned in European Universities during the Middle Ages – and, via the influence of the French Napoleonic Code, South (and Central) America, the Eastern Part of Canada (Quebec) and a little portion of the USA (mainly Louisiana).

Actually, the main feature of the civil law family systems is more its derivation (or inspiration) from the Civil Code or Napoleonic Code, enacted in March 1804, than its Roman Law roots. On obligations (and, in some way, on contracts), the Napoleonic Code is strongly based on Roman Law, but the actual family of civil law systems was more recently spread as a result of the Napoleon conquests of most of Europe before his final defeat at Waterloo.

Therefore the main differences between the two legal systems lie in the existence, or not, of a Code as a main source in private law, and upon the different social bodies appointed as law makers (legislative assemblies or judges).

The idea of a code summarizing all the duties and rights of a private citizen with respect to others (and the State) was born out of the French *Enlightenment Movement*, but found completion and strength in the values of the French Revolution (Liberty, Equality, Fraternity).

^{*} Speech delivered at the meeting on “*Legal Education in Civil and Common Law*”, held on 25th March 2014 at University of Milan, School of Law. Guest Prof. Joan S. Howland – Associate Dean for I & T – University of Minnesota Law School – Chair, American Bar Association Council on Legal Education.

^{**} Full professor of Private Law, University of Milan, School of Law.

In private law, the idea of Liberty (and Equality) led to emphasis being placed on the power of will and therefore the freedom of contract, intended as a voluntary source of obligations and rights: this is efficiently depicted, on one side, by section 1322 Italian Civil Code that states¹ “Contractual autonomy. 1. *The parties can freely determine the contents of the contract within the limit imposed by law.* 2. *The parties can also make contracts that are not of the types that are particularly regulated, provided that they are directed to the realization of interests worthy of protection according to the legal order*” and, on other side, by section 1372 of the same code, which states as follows: “Effect of contract. 1. *A contract has the force of law between the parties. It cannot be dissolved except by mutual consent or for a cause permitted by law.* 2. *A contract does not produce effects with respect to third parties except in cases provided by law*”.

On the other hand, in common law the same instances led to the Sanctity of Contract doctrine: it means that once parties duly enter into a contract, they must honour their obligations under that contract (whereas, efficient breach theory – specific to common law but not adopted in civil law – allows parties to feel free to breach a contract and pay damages, so long as this result is more economically efficient than performing the contract).

Regarding the social bodies appointed as law makers, Montesquieu’s theory of separation of political power among the legislature, executive and judiciary was the political background of the French Revolution in banning judges from creating law, while, on the contrary, the core of the common law system is the case law made by Courts. And the idea of a civil code as the whole summary of rules in private law arising from the people’s representatives implied the necessity of the code to be self-sufficient (because complete): therefore in the first period after the Napoleonic code came into force, in case of lacunas in the code rules it was established that the judge must seek that the elected assembly provide him a rule for the single case which appeared before him without a suitable rule being available (the procedure was called *référé législatif* and, due to its evident impracticability, was afterward substituted by reference to general principles and analogy).

From another perspective, the requirement of completeness of the code implied, on one hand, that a code rule had to be general and abstract and, on the other hand, that the code was a repository of both mandatory and non mandatory rules: the latter named “*Norme dispositiva*”, referred to as “*directory provisions*” or more precisely, rules “*subject to agreement otherwise*”, as they are mentioned in the U.S. Uniform Commercial Code

This feature of civil law system involves a particular attitude and approach for the civil lawyer toward contract: the parties to a contract may agree on the basic ele-

¹ The paragraphs of Italian Civil Code, mentioned in the text, are in the version translated by M. Beltramo, G.E.Longo and J.H. Merryman, published by Oceana Publ., Inc.

ments of the deal – e.g. price and item purchased – while the civil code will provide the entire set of rules to solve any dispute which may arise and any aspect of the deal not covered by an express agreement. As we can see, this traditional approach can save the party a lot of legal counselling costs and can avoid very analytic or even pedantic negotiation that in some cases may appear a lack of trust in the counterpart and result in the deal falling through.

On the contrary, common law lawyers, not having the possibility to fill the gaps in contract with rules “subject to agreement otherwise” because of the lack of a code, are used to drafting contract intended to be self-sufficient, not to leave room for judge-made rules (that however are in any case largely delivered by Courts via the doctrine of construing the contract with its “implied terms”²).

The result is evident also ... “in weight”. A contract drafted by a civil lawyer tends to consist (or once consisted) of a handful of pages, while the one drafted by a common law lawyer is more structured and appears as a big stack of paper, compared with the first.

Ceasing to speak in general, these main different features of the two legal systems started to merge several years ago, and also civil lawyers, like the Italian ones, have started to draft very analytical contracts, governing every aspect of the contract and the contractual relationship arising from it: three main reasons can be highlighted here.

Firstly, the Anglo-American approach in drafting contracts has become widespread: the deals are negotiated in English and the parties adopt the common law to rule the contract.

Secondly, quite often also contracts governed by Italian law are conceived and drafted on the basis of a common law model and in particular a U.S. and/or a U.K. model: this is the phenomenon called *Alien Contract*³. As it was pointed out, “*An alien contract is used: (i) when a non-Italian party enters into a contract with an Italian party and the contractual position of the latter is so strong as to impose Italian law as the applicable law; (ii) when, at the moment of preparing the contractual text, the counterparty of an Italian party is not known yet, as it shall be identified upon the outcome of an international tender, and even if the counterparty will eventually be Italian, the contractual text shall remain the Anglo-American text, acceptable in general by any counterparty; (iii) when the counterparty of the Italian party is an Italian entity con-*

² “The emphasis during the nineteenth century on individual freedom and the role of agreement in extending that freedom would seem to have required that no obligation in the nature of a contract should be enforced unless willed by the parties; yet the judges were ready to import terms into contracts and develop and enlarge restrictions in the public interest although the parties themselves had not expressed those terms or established those restrictions” (Sir David Hughes Parry, *The Sanctity of Contracts in English Law*, London, 1959, 39).

³ De Nova, *The Alien Contract*, Riv. Dir. Priv., 2011, 487 ss.

trolled by a non-Italian company; (iv) when the U.S. parent company of a multinational group imposes its Italian subsidiary to use standard contracts prepared in the U.S., often in English, and not even translated into Italian". These are contracts where the drafters (and the parties) do not intend that the non mandatory rules can enter.

Lastly, in some specific law fields neither the civil code nor the legislation, provides a suitable discipline for contracts created by business.

An important example of alien contract, in the sports field, is the sport sponsorship agreement.

Sport sponsorship contracts imply some of the general legal issues of the alien contract, such as the enforceability of "*Miscellaneous provisions and boilerplate clauses*" and some specific issues, such as, *inter alia*, *morality clauses*, *exclusivity clauses* and protection against *ambush marketing*, *appearance clauses* and protection against unsatisfactory sports results or media coverage of the sponsored athlete or team.

As for the general clauses, the boilerplate clauses are, as has been said, "*a number of final clauses having no economic value and the most various content which are collectively indicated as "miscellaneous provisions": the merger clauses or entire agreement clauses, aiming to exclude what is not specifically included in the text of the contract, the no waiver clauses, aiming to clarify whether it is possible to invoke a waiver, the severability clauses, governing the consequences of the possible invalidity of a single clause, and so on. A first general question arises with respect to them: are these clauses "stylistic clauses" and, therefore, void? The courts hold that stylistic clauses are void as they routinely reproduce a common expression of a standard practice rather than the effective will of the parties.*"⁴

As for the specific issues related to sports law, we can here briefly point out some instances posed by Italian law in relation to the three categories of clause mentioned above.

Firstly, *morality clauses* tend to protect the sponsor from problematic behaviour by the athlete, from doping to behaviour incompatible with sponsor values⁵. In reflecting on whether this kind of clause is valid we must consider that, pursuant to section 1174 Italian Civil Code, "*The performance which is the object of an obligation must be of such nature as to be capable of economic evaluation and must correspond to*

⁴ De Nova, *The Alien Contract*, Riv. Dir. Priv., 2011, 487 ss. 491 – 492.

⁵ The text of the 1921 Universal Studios "moral clause" read as follows: "The actor (actress) agrees to conduct himself (herself) with due regard to public conventions and morals and agrees that he (she) will not do or commit anything tending to degrade him (her) in society or bring him (her) into public hatred, contempt, scorn or ridicule, or tending to shock, insult or offend the community or outrage public morals or decency, or tending to the prejudice of the Universal Film Manufacturing Company or the motion picture industry. In the event that the actor (actress) violates any term or provision of this paragraph, then the Universal Film Manufacturing Company has the right to cancel and annul this contract by giving five (5) days' notice to the actor (actress) of its intention to do so."

an interest, even if not patrimonial, of the creditor”, and, in some cases, the economic nature of the conduct demanded of the athlete can lack this requirement. Moreover, there is a general principle in our Italian legal system that bars any undue influence on the freedom of individual decision and choice in lifestyle: a principle stemming from several paragraphs of the code, the best-known being section 636 that states “*Prohibition against marriage. A condition that hinders first or subsequent marriages is unlawful*”.

Secondly, an *exclusivity clause* restricts the promoter of the event sponsored, or the athlete or team, from entering into similar sponsorship arrangements with the sponsor’s direct competitors, and in drafting the clause must be considered the general principle, against perpetual or too long commercial ties, arising from several paragraphs on the subject of non compete clause or of agreement against alienation (sections 2125, 2557, 2596, 1379 Italian Civil Code). Besides, the clause must also deal with the protection of the sponsor against the so-called *ambush marketing*: a marketing strategy whereby a company or a brand associate themselves with a particular event without paying any sponsorship fee as the official sponsor has done, an intentional false claim to official sponsorship by a non-sponsor with the intent to confuse consumers and gain market share from the competing official sponsor.

Thirdly, a determined standard of appearance requirements is often set forth in athlete sponsorship contracts and the legal counsel of the sponsor must draft the clause to provide a right of withdrawal in case the standard, both in quantity or in quality of appearance, is not met, due to athlete or team negligence, or not. In that case, the drafting of the clause must consider the principle, given by section 1349 Italian Civil Code, that forbids the party to a contract to self-determine, at its sole discretion and without previous and certain criteria, the subject-matter of the contract.

In conclusion, sports law is a law field where legal counsels, both from a common and a civil law background, tend to operate in the same way, drafting self-sufficient contracts by the way of intervening with amendments, deletions and additions to a pre-existing text offered by the legal practice; moreover, it appears to be a field where convergence in legal practice is more evident and requires a mutual exchange in legal education experiences.

Gli obblighi informativi precontrattuali nella Proposta di Regolamento per un “Diritto comune europeo della vendita”

di Adriana Addante

SOMMARIO: 1. Il ruolo delle informazioni precontrattuali nel progettato diritto comune europeo della vendita (CESL). – 2. Struttura degli obblighi informativi CESL in rapporto: alla recente direttiva sui diritti dei consumatori (Dir. 2011/83/UE). – 3. Segue: ai principali progetti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo. – 4. La centralità dei contratti conclusi con mezzi elettronici. – 5. Garanzia di correttezza delle informazioni e buona fede. – 6. Rimedi avverso la violazione degli obblighi precontrattuali di informazione – 7. Rapporto con la cd. Nota informativa standard. – 8. Spunti per una riflessione de iure condendo.

1. Il ruolo delle informazioni precontrattuali nel progettato diritto comune europeo della vendita (CESL)

Le differenti impostazioni riscontrabili a livello europeo, in ordine a contenuti e modalità di trasmissione delle informazioni in fase prenegoziale, riflettono il peculiare sostrato giuridico delle singole esperienze nazionali e, più in generale, della visione tendenzialmente liberista delle aree di *common law*, in rapporto a quella più spiccatamente solidarista (*social view*) di molti ordinamenti continentali. Sarebbe tuttavia riduttivo, oltre che anacronistico, considerare il complesso rapporto dei doveri informativi con la disciplina dei limiti alla libertà contrattuale, in termini di semplice dicotomia, reputandosi più proficuo un approccio di carattere funzionale¹.

Certamente frutto dell'evolversi della sensibilità giuridica, l'applicazione del principio del *caveat emptor*, mitigata dall'apposizione di regole sempre più stringenti in favore del soggetto reputato di volta in volta più debole, costituisce altresì il risultato di precise valutazioni di stampo economico, volte a considerare l'influenza dell'informazione sul comportamento razionale del soggetto, non meramente sul

¹ Cfr. T. Wilhelmsson, *European rules on pre-contractual information duties?* in *ERA-Forum* 7(1):16-25 (2006); P. Giliker, *Regulating Contractual Behaviour: The Duty to Disclose in English and French Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2005, 621-640.

singolo atto di consumo, ma sui conseguenti riflessi dell'attività e della concorrenza, in funzione di una più efficace e corretta strutturazione dei mercati².

Alla funzione strettamente protettiva, pertanto, si aggiunge con forza talora preponderante, l'obiettivo di rendere uniformi e controllabili specifici momenti dei rapporti di scambio, che (in ragione delle modalità di svolgimento, della natura dei beni o servizi scambiati, della posizione rivestita dalle parti) potrebbero rivelarsi fattori distorsivi rispetto al menzionato obiettivo di efficiente funzionamento del mercato unico³.

Per il raggiungimento di tali obiettivi, fra i numerosi strumenti di intervento di matrice europea, segnatamente rivolti alla controparte nella qualità di consumatore, spicca la tecnica del controllo del contenuto negoziale, mediante giudizio di vessatorietà delle clausole contrattuali, ma ha assunto dimensione sempre più corposa la predisposizione di vincoli formali di varia natura, concretantesi in via alternativa o cumulativa: nell'imposizione di un contenuto minimo ed inderogabile di informazioni da trasmettere, nella strutturazione di canoni di trasparenza delle modalità espressive, nella delineazione del supporto sul quale le informazioni devono essere contenute, ecc.⁴.

² Sulle molteplici funzioni dell'informazione in fase precontrattuale, anche in rapporto ai vizi del consenso, si v. A.A. V.v., *Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law (The Common Core of European Private Law)*, Ruth Sefton-Green (Ed.), Cambridge University Press, 2005, 14, ss., in cui, procedendo con metodo comparatistico a riguardo delle soluzioni adottate in diverse esperienze europee, si individuano perlomeno otto diverse funzioni dell'informazione: "(i) protecting consent, (ii) upholding the security of transactions, (iii) controlling fairness, (iv) upholding moral duty of truthfulness, (V) protecting reliance, (vi) imposing standards of behaviour expected by the parties, (vii) setting objective standards and (viii) allocating risks". In ambito nazionale, Di Donna L., *Obblighi informativi precontrattuali*, Milano, 2008; Gallo P., *Asimmetrie informative e doveri di informazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 641.

³ Alessi R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, in *Eur. dir. priv.*, 2000, 961. Si v. il recente Id., *Gli obblighi di informazione tra regole di protezione del consumatore e diritto contrattuale europeo uniforme e opzionale*, in *Eur. dir. priv.*, 2013, 2, 311. La promozione del diritto all'informazione in capo ai consumatori è, a livello europeo, oggetto non soltanto di iniziative settoriali, ma anche di disposizioni di carattere generale, fra le quali spicca l'attuale art. 169 (ex art. 153 del TCE), versione consolidata del TUE e TFUE e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (v. da ultimo, Bruxelles, 12 novembre 2012 pubblicata *on line* nel febbraio 2013, con modifiche rispetto alle versioni presenti in GU C 326 e C 327 del 26 ottobre 2012). Nel nostro ordinamento, la qualifica di "fondamentale" del diritto ad un'adeguata informazione, unitamente ad una corretta pubblicità, era prevista sin dalla l. 281/1998 ed attualmente codificata all'art. 2, co. 2 cod. cons.

⁴ L'ampio ventaglio di possibilità sinteticamente richiamato è frutto, non soltanto del moltiplicarsi di norme di diritto derivato a ciò espressamente dedicate (a partire dalla dir. 85/577, sui contratti conclusi fuori dai contratti commerciali, dir. 90/314, sui pacchetti turistici, dir. 93/13, sulle clausole vessatorie, dir. 97/17, sui contratti a distanza, dir. 99/44, garanzie nei beni di consumo, ecc.), ma anche del maturarsi, in tempi non sospetti, ed in applicazione del principio di proporzionalità, di importanti risultati sul fronte giurisprudenziale. In merito è d'obbligo il riferimento alla nota pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Cassis de Dijon* (CGCE 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Cassis de Dijon*, Racc. 1979, 649), ove i giudici, medianamente uno standard negativo, ossia di non imposizione, a livello nazionale, di uno specifico obbligo contenutistico, reputarono più opportuno percorrere la via del dovere informativo.

Rispetto all'imposizione eteronoma di specifici contenuti, si è tuttavia ritenuto che le tecniche informative, variamente impiegate al fine di fornire al soggetto svantaggiato un più elevato livello conoscitivo, non rappresentino un limite all'autonomia privata, ma semmai consentano al soggetto svantaggiato di esplicitare in modo più consapevole la propria libertà negoziale⁵.

La fase precontrattuale risulta, peraltro, sovente caratterizzata da una logica di procedimentalizzazione dell'informazione, derivante dal processo di progressiva standardizzazione, con conseguente depotenziamento della fase delle trattative in senso tecnico⁶.

D'altro canto, tuttavia, la mera trasmissione delle informazioni non conduce al conseguimento certo degli obiettivi di tutela per i quali è preordinata, attesi i limiti cognitivi propri del consumatore e la sua frequente incapacità di elaborare le informazioni stesse⁷.

Non un alluvionale flusso di dati potrà giovare al consumatore, bensì un'accurata selezione delle notizie più rilevanti per garantire una maggiore integrità del consenso; viceversa, laddove le informazioni dovessero essere destinate alla controparte professionale, si porrà il differente problema di conciliare l'obbligo di fornire elementi imprescindibili per la formazione della volontà contrattuale, con il diritto al riserbo su quanto sia stato frutto di dispendiose e complesse attività di raccolta ed elaborazione da parte del professionista.

Il ricco quadro normativo europeo e di recepimento nei singoli ordinamenti nazionali in capo alla figura del consumatore non trova, pertanto, corrispondenza nei rapporti fra imprese, ove, attesa la supposta capacità del professionista di procurarsi autonomamente le informazioni e l'ipotetico rivivere di una fase di trattative prenegoziali, si opta per la valorizzazione delle rispettive sfere di libertà, in nome della celerità e snellezza degli scambi.

Per quest'ultimo segmento, dunque, il legislatore europeo ha prevalentemente orientato il proprio intervento a presidio di situazioni di macroscopica disparità di

⁵ Tale considerazione è espressa in dottrina, dopo attento esame delle peculiarità ascrivibili a ciascuna tecnica, a seconda che, ad esempio, si verta intorno all'acquisizione di beni suscettibili di esame diretto, beni conoscibili con l'esperienza, beni fondati sulla fiducia, Grundmann S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 302.

⁶ Si leggano in merito le considerazioni di Grisi G., *Gli obblighi di informazione*, in *Il contratto e le tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto S., Torino, 2002, 144-165. L'A., nell'enfatizzare il fenomeno della contrattualizzazione dell'informazione precontrattuale, evidenzia le ragioni che hanno condotto a tale fenomeno, anche per effetto del progressivo svuotamento di quella netta contrapposizione fra fase delle trattative e fase della formazione del contratto, che in tempi pregressi aveva una sua ragion d'essere e su cui si rinvia a Id., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990. Più di recente Romeo F., *Dovere di informazione e responsabilità precontrattuale: dalle clausole generali alla procedimentalizzazione dell'informazione*, in *Resp. Civ.*, 2012, 173.

⁷ G. Howells, *The Potential and Limits of Consumer Empowerment by Information*, in *Journ. of Law and Society*, Vol. 32, n. 3, 2005, 349 e ss.

potere contrattuale, quando non di dipendenza fra imprese o comunque alla tutela del corretto gioco della concorrenza, ma non si è spinto sino al punto da dettare specifici vincoli informativi, salvo che riguardo a parametri essenziali dell'oggetto del contratto⁸.

Fatte salve, infatti, le specifiche considerazioni in tema di contratti asimmetrici⁹, tali relazioni risultano regolate da norme dispositive, non prevedendosi obblighi squisitamente contenutistici di carattere inderogabile. Tale circostanza, tuttavia, non sembra scevra da implicazioni sul fronte dei principi e regole comportamentali a presidio della fase prenegoziale fra operatori economici.

Nel racchiudere, infatti, un delicato momento di prodromico incontro delle parti, peraltro non sempre caratterizzato da trattative, al più noto principio di buona fede e correttezza si affianca il crescente riferimento alle cd. "buone pratiche commerciali"¹⁰, con ciò demarcando la spinta verso forme di autoregolamentazione altresì ispirate alla "eticizzazione" delle transazioni commerciali fra professionisti, atte altresì a riverberarsi sulla corretta esplicazione del gioco concorrenziale¹¹.

Piuttosto che in un aprioristico e tassativo elenco di doveri, tale assetto è suscettibile di apprezzamento in sede applicativa, ove la valutazione giudiziale sarà volta a verificare che la formazione del consenso della parte professionale sia frutto di una condotta leale e responsabile, oltre che non dolosamente omissiva.

⁸ Tale scelta deve anche ascrivere alla considerazione giuseconomica in base alla quale non sia l'asimmetria informativa in quanto tale a dover essere riequilibrata, mediante un intervento esterno, ma soltanto quella non suscettibile di essere rimossa se non a costi proibitivi. Propriamente nella distribuzione asimmetrica delle informazioni, infatti, spesso risiede il meccanismo che incentiva a produrre altre informazioni, utili al mercato. Sul punto, Grundmann S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, cit., 274.

⁹ Per le quali si rinvia, *ex multis*, a Benedetti A. M., *Contratto asimmetrico*, in *Encicl. dir.-Annali*, Milano, 2012, vol. V, 370; Roppo V., *Prospettive del diritto contrattuale europeo – Dal contratto del consumatore al contratto asimmetrico?*, in *Corr. giur.*, 2009, 267; Zoppini A., *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, I, 515.

¹⁰ In merito, oltre alla specifica regola dedicata alle contrattazioni fra professionisti nella CESL (art. 23, All I), il menzionato richiamo è molto significativo nell'ambito del *Draft Common Frame of Reference*, su cui ci si soffermerà a breve. Preme qui, in particolare ricordare, che nell'impostazione del DCFR, il parametro delle buone pratiche commerciali assurga persino a metro valutativo, in ordine al comportamento esigibile dalla parte tenuta al *duty to disclose*; cfr., in particolare, art. II. 3:101 (*Duty to disclose information about goods, other assets, and services*).

¹¹ L'ingresso sempre più insistente della nozione di *best practice* nelle relazioni fra operatori di mercato costituisce, in realtà, soltanto la punta dell'iceberg, del processo di inarrestabile tendenza degli ordinamenti a recepire e tradurre le istanze di responsabilizzazione nelle relazioni commerciali, provenienti dalle diverse categorie di *Stakeholders*. Senza confondersi con velleità equitative dello scambio contrattuale, il riequilibrio delle posizioni, passa anche attraverso meccanismi di buona condotta, cristallizzati o meno in codici o dichiarazioni rese volontariamente dalle imprese, che, una volta divulgate, costituiscono un preciso obbligo giuridico. Sul tema, assai complesso, che esula dalla presente trattazione sia consentito il richiamo a Addante A., *Autonomia privata e responsabilità sociale dell'impresa*, Napoli, 2012.

L'arricchirsi costante del panorama normativo e giurisprudenziale, in uno con l'eterogeneità dei destinatari, piuttosto che orientare verso un approccio classificatorio, ha condotto a denunciare "l'instabilità" del regime assegnato ai doveri d'informazione e a considerare piuttosto come cruciale, la "questione dei rimedi", dalla quale prendere l'abbrivio per un'analisi delle relative tecniche sanzionatorie¹².

Proprio nel campo dei meccanismi di risposta dell'ordinamento si sono annidate discrasie tali, in punto di regolamentazione del diritto dei contratti nei singoli Stati membri, da ostacolarne il processo di armonizzazione¹³. Ragion per cui deve reputarsi assai apprezzabile lo sforzo compiuto da ultimo – mediante la proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio «*relativo a un diritto comune europeo della vendita*» (CESL) – nel progettare, sullo specifico fronte del contratto di compravendita, un modello di armonizzazione fondato su un regime opzionale, atto ad applicarsi in via volontaria ai contratti transfrontalieri, per effetto di specifico accordo dei contraenti, ed in via diretta, senza dunque la necessità di alcun atto di recepimento da parte dei singoli ordinamenti¹⁴.

Essa, nel dettare un *corpus* di norme unico e uniforme, pur con tutte le fragilità e lacune insite nella difficile opera di compromesso ad essa sottostante, è finalizzata ad agevolare gli scambi commerciali relativi a beni mobili, contratti di fornitura di contenuto digitale e servizi connessi (sia fra professionisti, sia con i consumatori), riducendone i costi di transazione e sormontando gli ostacoli tipici della complessi-

¹² Sul punto, Roppo V., *L'informazione precontrattuale spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo*, in questa Rivista, 2004, 763; Castronovo C. – Mazzamuto S., *I doveri di informazione*, in *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2007, p. 399.

¹³ Basti pensare, per il solo ordinamento domestico, ai contraddittori orientamenti espressi in dottrina e giurisprudenza sulla sovrapposizione fra regole di validità e di comportamento in fase precontrattuale, per cui si rinvia ad adeguata trattazione.

¹⁴ Sulla proposta di Regolamento in parola [(11 ottobre 2011, COM (2011) 635 def. – 2011-0284 (COD)], originariamente prospettata per raggiungere obiettivi più ambiziosi di armonizzazione del diritto dei contratti, si è già formata una copiosa letteratura sul fronte nazionale ed europeo, che ha indagato attorno a profili di carattere generale, ivi compreso il fronte delle scelte di politica legislativa. Senza pretesa di esaustività, si richiamano: Lando O., *Comments and questions relating to the European Commission proposals for a Regulation on a Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 6-2011, 717-728; Doralt W., *Diritto europeo dei contratti: rischi e opportunità del regime opzionale*, in *Resp. civ. e prev.*, 2011, 6, 1205; D'Amico G., *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea?*, in *Contr.*, 2012, 611 ss.; Stanzione P., *Il regolamento di Diritto comune europeo della vendita*, ivi, 624 ss.; Sirena P., *Diritto comune europeo della vendita vs. Regolamento di Roma I: quale futuro per il diritto europeo dei contratti?*, ivi, 634 ss.; il ricco dibattito, A.a. V.v., *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*, in *Contr. impr. – Europa*, 2012, p. 1; Hessenlink M., *How to opt into the Common European Sales Law? Brief Comments on the Commission Proposal for a Regulation*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 1-2012, 195-212; Heidemann M., *European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 4-2012, 1119–1138; Hondius E., *Towards an optional Common European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 6-2012, 709-715; la raccolta di saggi curata da Alpa-G. Conte-U. Perfetti-F. Graf von Westphalen, *The Proposed Common European Sales Law – the Lawyer's View*, München, 2013.

tà giuridica derivante dall'appartenenza a diversi ordinamenti. Per tale ragione, salve specifiche materie espressamente escluse dalla regolamentazione (es. invalidità del contratto derivante da incapacità giuridica, illegalità o immoralità; rappresentanza, compensazione, confusione, ecc. – V. cons. n. 27), essa è progettata per non necessitare di regole integrative provenienti da altre fonti europee o nazionali, mirando all'autosufficienza, nel rispetto dei requisiti della proporzionalità e sussidiarietà.

Ciò implica che, anche per una materia non agevolmente inquadrabile, come quella degli obblighi informativi precontrattuali e sulla quale, a tutt'oggi, permangono discrepanze ed antinomie nelle esperienze nazionali, nonché lacune sul fronte normativo europeo, si sia tentato di predisporre un sistema di regole, a presidio della loro effettiva applicazione, idoneo a segnare, pur con inevitabili lacune, un notevole punto di forza del progettato diritto comune europeo rispetto alla legislazione vigente¹⁵.

2. Struttura degli obblighi informativi CESL in rapporto: alla recente direttiva sui diritti dei consumatori (Dir. 2011/83/UE)

Qualche considerazione di ordine sistematico può giovare alla comprensione della *ratio* ispiratrice della disciplina delle informazioni precontrattuali nella CESL, certamente riscontrabile in una logica protettiva nei confronti del consumatore e contestualmente di maggiore autonomia nei rapporti fra professionisti, ma non sempre convincente, tanto sul fronte della tecnica di *drafting* legislativo, quanto sul piano dell'efficacia dei rimedi prospettati rispetto all'intrinseca asimmetria informativa che caratterizza la fase precontrattuale¹⁶.

¹⁵ Per un'analitica disamina delle numerose problematiche poste in materia, si v. Looschelders D., *Informationspflichten des Unternehmers und Widerrufsrecht des Verbrauchers*, in *Gemeinsames Europäisches Kaufrecht für die EU, Analyse des Vorschlags der Europäischen Kommission für ein optionales Europäisches Vertragsrecht vom 11. Oktober 2011*, München, 2012, 107-144; Benninghoff S., *Die Rolle der vorvertraglichen Informationspflichten im Entwurf für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht*, in *Ein einheitliches europäisches Kaufrecht eine Analyse des Vorschlags der Kommission*, München, 2012, 87-119.

¹⁶ Poiché la presente analisi è circoscritta al diritto comune europeo della vendita (di beni, nonché ai contratti di fornitura di contenuti digitali e prestazione di servizi connessi), il raffronto con la legislazione vigente a livello europeo, nonché con i progetti di armonizzazione non sarà esteso a quei settori dell'ordinamento per i quali sono previste, a livello comunitario, discipline specifiche dell'informativa precontrattuale, spesso ancora più stringenti, ora destinate al comparto consumeristico [si pensi alle direttive dedicate alla vendita a distanza dei servizi finanziari (dir. 2002/65/CE), alla vendita di pacchetti turistici (90/314/CEE), ai contratti di multiproprietà (dir. 2008/122/CE), al credito al consumo, (dir. 2008/48/CE), ecc.], ora estese anche ad altre categorie di soggetti, [es. commercio elettronico (Dir. 2000/31/CE), disciplina dei ritardi dei pagamenti (dir. 2011/7/UE), ecc.]. Per un'aggiornata ricostruzione delle peculiarità di tali regolamentazioni, si rinvia a C. Twigg-Flessner, *The Europeanisation of Contract Law*, sec. ed., London, 2013, 67 e ss. Per gli opportuni riferimenti ai più stringenti doveri imposti in altri settori contrattuali, ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario – Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Econ. dir. terziario*, 2009, 395.

Il Capo 2 (parte II, All. 1), nell'innestarsi nel quadro della disciplina relativa alla conclusione di un contratto vincolante, potrebbe essere idealmente suddiviso in due parti, delle quali la prima (corrispondente alla sez. 1, artt. 13-22 CESL), si appalesa più omogenea, contenendo un quadro dettagliato delle informazioni precontrattuali che il professionista deve fornire, esclusivamente al consumatore, con riguardo a tre categorie di negoziazione: i contratti negoziati fuori dai locali commerciali, quelli a distanza e quelli "diversi" dalle due precedenti.

La seconda (corrispondente alle sezioni 2, 3, 4, 5, artt. 23-29) pare ben più eterogenea, non soltanto da un punto di vista soggettivo – comprendendo, disposizioni rivolte ai rapporti fra professionisti, altre ibridamente dirette ad entrambe le categorie di contraenti, altre riferite in via esclusiva al consumatore – ma anche oggettivo, poiché contiene indicazioni di carattere generale in ordine all'imperatività delle norme, all'obbligo di garanzia della correttezza delle informazioni fornite ed infine ai rimedi in caso di generale violazione delle prescrizioni in parola. Tutto ciò, passando attraverso la precisazione degli obblighi informativi attinenti alla peculiare categoria di contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici¹⁷.

La scarsa sistematicità nella collocazione e disposizione delle norme contenute al Capo II è di tutta evidenza, manifestandosi lo sforzo del legislatore proponente di sintetizzare, in poche disposizioni, una congerie di concetti, prescrizioni e principi, stratificatisi nel tempo e in svariate fonti non sempre coerenti¹⁸. L'intento di semplificazione, pur apprezzabile, non può dirsi del tutto soddisfatto a meno ché, pur conservando la sostanza della maggioranza dei precetti, non si proceda perlomeno ad una loro risistemazione¹⁹.

¹⁷ Si deve tuttavia evidenziare che, nelle proposte di emendamento al testo CESL, sono stati espunti i riferimenti ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, e modificata la dizione degli articoli contenenti riferimenti ai contratti a distanza, focalizzandosi l'attenzione prevalentemente su quelli conclusi on-line. Ciò condurrà alla possibile soppressione di intere disposizioni normative, quali gli artt. 18 e 20 (v. in merito emend. da n. 93 a n. 103, Prog. ris. leg. Parlam. europeo del 26.02.14, P7_TA-PROV(2014)0159).

¹⁸ L'assetto del modello di diritto comune europeo della vendita sconta, per quello che strettamente concerne i doveri di informazione, la necessità di tener conto di una produzione normativa alluvionale a livello comunitario, affiancata alle relative formule interpretative della Corte di Giustizia, nelle quali altresì si innestano regole ancora più stringenti (es. in materia di servizi finanziari) o specifiche (es. per pacchetti turistici, multiproprietà) che, pur essendo di natura speciale, stanno influenzando in misura notevole l'evoluzione dei contenuti del diritto all'informazione in capo al consumatore.

¹⁹ Si veda in merito l'interessante contributo recentemente pubblicato dallo *European Law Institute*, dal titolo, *ELI Statement on the Proposal for a Regulation on a Common European Sales Law COM (2011) 635 final, July 2012*, in cui, a latere di una serie di indicazioni più specificamente rivolte all'emendamento di singole prescrizioni in materia, si ipotizza l'opportunità che l'intero capo concernente gli obblighi informativi sia strutturato, partendo dalle norme di carattere generale, ossia destinate a qualsiasi categoria di controparte, per poi chiarire quali siano le disposizioni espressamente dedicate al consumatore (in vista dell'intrinseca asimmetria informativa) e, a seguire, le norme disciplinanti le negoziazioni fuori dei locali commerciali e a distanza.

La materia in analisi presenta caratteri di novità legati propriamente al fisiologico adeguarsi dei regimi normativi alle esigenze dello sviluppo tecnologico²⁰. Non è dunque casuale, che – sia rispetto agli antecedenti storici ed alle regolamentazioni tuttora vigenti fra le quali, *in primis*, la Convenzione di Vienna del 1980, il Reg. Roma II del 2007 e il Reg. di Roma I del 2008, ma anche in rapporto alle elaborazioni di diritto europeo in materia contrattuale²¹ – il modello CESL dedichi ampio spazio alla contrattazione per via elettronica ed ai connessi obblighi informativi²².

Il parametro cronologicamente e *ratione materiae* più vicino, seppur con specifico riguardo ai rapporti fra professionisti e consumatori è, tuttavia, rappresentato dalla ben nota Direttiva 2011/83²³ della quale larga parte è dedicata agli obblighi informativi a carico dei primi nelle medesime ipotesi contemplate nella CESL (contratti a distanza, ivi compresi quelli conclusi con mezzi elettronici, negoziati fuori dai locali

²⁰ Anche quella parte della dottrina più scettica, in ordine all'opportunità dell'introduzione di un regime opzionale, nei termini ipotizzati dalla CESL, concorda nel ritenere che l'ambito di più consona applicazione risiede nel commercio elettronico, anche in ragione della maggiore celerità e semplicità delle negoziazioni. Si legga, soprattutto in merito al confronto con i meccanismi di funzionamento del reg. Roma I, l'articolata riflessione di Reich N., *EU Strategies in Finding the Optimal Consumer Law Instrument*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, Vol. 8, Issue 1, pagg 1–29. La letteratura in ordine ai rapporti ed al coordinamento con le regolamentazioni esistenti è copiosa e discordante; per un affresco delle diverse voci in ambito europeo, si rinvia a, A.a. V.v., *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*, cit., *passim*.

²¹ Fra queste, di evidente ispirazione è stato il *Draft Common Frame of Reference*, che costituisce il risultato della rielaborazione dei *Principles of European Contract Law* ad opera della Commissione Lando-Beale, unitamente al testo redatto dallo *Study Group on a European Civil Code*, sotto il coordinamento di v. Bar, e del testo dell'*Acquis Group* coordinato da *Schulte Nolke*, che prevede, al Libro II, Cap. 3, intitolato «*Marketing and pre-contractual duties*» una sezione che raccoglie principi sugli obblighi informativi («*Information duties*») (su cui v. *infra* par. 3).

²² La stessa dottrina, pur nel sollevare una serie di dubbi teorici ed operativi in merito all'effettiva portata innovativa del CESL, non manca di sottolineare che, proprio nella contrattazione *on-line*, in particolare con i consumatori, essa possa sortire l'utile effetto di offrire una regolamentazione standardizzata e dunque più appetibile, a patto che il suo utilizzo sia condotto di pari passo con il progetto della Commissione europea di creare un meccanismo efficiente di risoluzione delle controversie per contratti stipulati con tali modalità dai consumatori, Micklitz H.-W. and Reich, N., *The Commission Proposal for a 'Regulation on a Common European Sales Law (CESL) – Too Broad or Not Broad Enough?* (February 1, 2012), *EUI Working Papers Law*, No. 2012/04.

²³ Dir. 2011/83/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica alla dir. 93/13/CEE e alla dir. 1999/44/CE e che abroga la dir. 85/577/CEE e la dir. 97/7/CE (in GU L 304/64 del 22 novembre 2011). Sul fronte nazionale, deve segnalarsi il recentissimo recepimento della medesima, con D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, Attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, in GU n.58 del 11.3.2014. Esso apporterà sostanziali modifiche al codice del consumo (artt. da 45 a 67) e si applicherà ai contratti stipulati dopo il 17 giugno 2014. Con specifico riguardo alla materia qui in analisi, oltre ad un'articolata disciplina del diritto di recesso, il decreto introduce una serie di obblighi precontrattuali di informazione a carico del professionista per i contratti stipulati fuori dai locali commerciali, nonché per i contratti a distanza, ivi compresi quelli conclusi con mezzi elettronici.

commerciali e fattispecie non rientranti in tali due categorie)²⁴. Sul fronte nazionale, deve segnalarsi il recentissimo recepimento della medesima, con D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, mediante il quale saranno apportate sostanziali modifiche al codice del consumo (artt. da 45 a 67). Con specifico riguardo alla materia qui in analisi, oltre ad un'articolata disciplina del diritto di recesso (per il quale si vedano anche le istruzioni e il modello tipo contenuti nell'All. I), il decreto introduce una serie di obblighi precontrattuali di informazione a carico del professionista per i contratti stipulati fuori dai locali commerciali, nonché per i contratti a distanza, ivi compresi quelli conclusi con mezzi elettronici, in sostanziale aderenza ai precetti della direttiva²⁵.

La vicinanza cronologica e contenutistica dei due strumenti, perlomeno per quanto concerne gli obblighi informativi, non passa certo inosservata, né sarebbe stata auspicabile la presenza di antinomie tali da rendere meno appetibile il ricorso ad un meccanismo *opt in*, quale la CESL, destinato a convivere con gli strumenti di recepimento interno di cui ciascuno Stato si doterà²⁶. Lo stesso intento di sfruttare al meglio il potenziale transfrontaliero delle vendite a distanza rappresenta un condivisibile obiettivo comune, che non poteva attuarsi, se non completando l'articolata normazione contenuta nelle Direttive 2006/123/CE e 2000/31/CE, rispettivamente dedicate ai servizi nel mercato interno ed al commercio elettronico²⁷.

Oltre all'assai dettagliata disciplina sul recesso, per il cui esame si rinvia a specifica trattazione²⁸, molte delle disposizioni concernenti gli obblighi informativi (artt.

²⁴ Una serrata critica avverso i contenuti e la metodologia seguita nell'approvazione della menzionata direttiva è condotta da Weatherill S., *The Consumer Rights Directive: how and why a Quest for "Coherence" has (largely) failed*, in *Comm. Mark. L. Rev.*, 2012, 49, pp. 1279–1318, ove sembra emergere anche una valutazione fallimentare del CESL, reputata per buona parte "una versione riciclata" di quanto rigettato nella Direttiva consumatori.

²⁵ D. Lgs. 21 febbraio 2014, n. 21, attuazione della direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive 85/577/CEE e 97/7/CE, in GU n.58 del 11.3.2014. Le modifiche apportate al codice del consumo dall'articolo 1, commi 1, 2, 3, 4 e 5, del decreto in parola entreranno in vigore dal 13 giugno 2014 e si applicheranno ai contratti conclusi dopo tale data.

²⁶ Sui rapporti tra la Dir. 2011/83 e la Proposta di regolamento, si v. G. D'Amico, *Direttiva sui diritti dei consumatori e regolamento sul diritto comune europeo della vendita: quale strategia dell'Unione europea?*, cit., 611 ss., in cui anche un'accurata analisi del travagliato percorso che ha condotto all'approvazione della direttiva.

²⁷ Di contro, la direttiva in parola, perseguendo un chiaro intento di semplificazione, aggiornamento ed integrazione dell'attuale assetto dei contratti a distanza e negoziati fuori dai locali commerciali, si sostituisce ai relativi atti normativi (Dir. 85/77/CEE e Dir. 97/7/Ce), mentre lascia al di fuori del proprio campo di applicazione, le direttive attinenti alle clausole vessatorie, nonché alla garanzia sulla vendita dei beni di consumo, in ragione delle aspre critiche che erano state sollevate in merito all'eccessivo impatto che una simile impostazione avrebbe determinato sui singoli diritti nazionali.

²⁸ Fra i contributi più recenti specificamente dedicati al tema, si segnalano, Patti F.P., *Il recesso del consumatore: l'evoluzione della normativa*, in *Eur. dir. priv.*, 2012, 4, 1007; Petti G., *Il recesso del consumatore nel progetto di un diritto comune europeo della vendita*, in *Contr.*, 2013, 731.

6-8, Dir. 2011/83) replicano nella sostanza la fitta elencazione riscontrabile agli artt. 13-25 CESL, rispecchiando nel complesso la *ratio* di maggior tutela sottesa alla contrattazione fuori dai locali commerciali e a distanza, rispetto ai “contratti diversi” da tali due categorie ed enfatizzando, non soltanto la mole delle informazioni che il professionista è tenuto a trasmettere al consumatore, ma anche i requisiti della chiarezza e comprensibilità a presidio del canone della trasparenza²⁹, la tempistica, nonché durevolezza dei supporti con i quali l’informativa deve essere resa³⁰.

A fronte, tuttavia, delle innegabili similitudini e differenze anche linguistiche, arguibili dalla semplice lettura delle disposizioni richiamate³¹, sembra più proficuo evidenziarne gli aspetti di natura sistematica, partendo dal presupposto che, mentre la direttiva necessita di essere trasposta nei rispettivi ordinamenti nazionali, potendo così subire modifiche in tale processo, la CESL, allorché giunga a definitiva approvazione, sia destinata ad essere applicata in via diretta nella sua interezza, e dunque, come accennato, ad essere caratterizzata da tendenziale completezza.

Quest’ultimo dato è in particolare rilevante, sul fronte dei rimedi prospettati avverso la violazione degli obblighi informativi: se infatti la direttiva, seguendo una ben nota impostazione, non si spinge sino al punto da dettare un sistema completo di strumenti a presidio delle menzionate violazioni, ma si sofferma prevalentemente sulle conseguenze derivanti dall’inadempimento dell’obbligo informativo sul diritto di recesso³², la CESL, seppur con una formula piuttosto laconica, pone un quadro di rimedi tendenzialmente organico.

²⁹ Senigaglia V. R., *Accesso alle informazioni e trasparenza. Profili della conoscenza nel diritto dei contratti*, Padova, 2007.

³⁰ Nell’impossibilità di fornire un’elencazione completa, si rinvia alla lettura dei rispettivi testi normativi.

³¹ Classici aspetti comuni sono, ad esempio, rappresentati dal regime delle esclusioni, correlati all’intento di non gravare eccessivamente il professionista di costi legati ad oneri informativi per transazioni quotidiane, mediante distribuzione automatica o di modico valore o legate a specifiche categorie di beni (es. art. 3, par. 3 Dir.; art. 13 par. 5, CESL). Sul fronte degli elementi di differenziazione, si pensi, a titolo esemplificativo, al dato della diversa collocazione delle norme dedicate al tema in parola: la direttiva si occupa in prima battuta dei contratti diversi da quelli a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali per poi dedicarsi agli obblighi informativi relativi a tali due categorie ed infine stabilire specifici ed ulteriori requisiti formali; la CESL, al contrario, parte dalle due categorie ritenute più a “rischio” sul fronte informativo, per poi dettare residualmente norme applicabili alle altre forme contrattuali. Sotto altro aspetto, la circostanza, ad esempio, che talune norme a disciplina della contrattazione per via elettronica non siano state replicate nella direttiva, per effetto della permanenza in vigore della direttiva 2000/31/CE, rende il relativo quadro legislativo indubbiamente più frammentario, rispetto a quello prospettato nella CESL.

³² Similmente a quanto previsto dalla CESL, poi, la direttiva precisa il diritto del consumatore a non dover sostenere spese o costi aggiuntivi, laddove il professionista non gli abbia fornito adeguata informativa in merito (v. art. 6, par. 8 dir.). Il fatto che il legislatore europeo non si sia spinto sino al punto di delineare un sistema coerente di rimedi è stato oggetto di particolari critiche, si v. Grynbaum L., *Pre-contractual information duties: the foreseeable failure of full harmonisation*, in Aa. Vv., *Perspectives for European consumer law*, ed. by Hans Schulte-Nölke, Sellier, München, 2010, 7-11. In merito all’ampia problematica dell’eventuale estinzione del diritto di recesso, in mancanza di adeguata informazione devono segnalarsi i noti interventi espressi dai giudici di Lus-

Sotto il profilo squisitamente soggettivo, poi, sembra quasi ultroneo ricordare che la direttiva si rivolga esclusivamente alla disciplina dei rapporti fra professionisti e consumatori, mentre la CESL, nel prendere in considerazione le asimmetrie informative prospettabili in capo a qualunque professionista, si rivolge, con specifiche regole, anche a questi ultimi.

Sebbene infatti tale dato sia rinvenibile in ogni norma nella quale ci si riferisca genericamente “alla parte”, piuttosto che al consumatore (v. es. artt. 24, 28, 29 All. I CESL), la circostanza che il progettato Regolamento contempra una disposizione interamente dedicata ai rapporti fra operatori in fase precontrattuale (art. 23 All. I CESL) non passa inosservata, nel segno della generalizzazione di un apparato informativo ispirato a *fair tradin*.

In contrapposizione all’elencazione di dati tipica della contrattazione con i consumatori, qui si assiste all’imposizione dello specifico dovere di comunicare le caratteristiche principali dei beni, del contenuto digitale o dei servizi connessi, con esplicito richiamo ai criteri della ragionevolezza e buona fede, fornendo altresì al giudice parametri valutativi, finalizzati a stabilire quando un’informazione debba essere veicolata all’altra parte (l’eventuale competenza specifica del prestatore; il costo al quale il prestatore può ottenere l’informazione; la facilità con cui l’altro professionista può ottenere l’informazione con altri mezzi; la natura delle informazioni; la presunta importanza dell’informazione per l’altro professionista; le buone pratiche commerciali)³³. Evidentemente, allora, rispetto all’analiticità e tassatività dei flussi informativi B2C, la formula adoperata nel campo degli scambi B2B, si appalesa ben più elastica e, sebbene nel concreto, possa determinare forme di incertezza valutativa, rappresenta un notevole punto di forza, per il fatto stesso di prendere in carico situazioni di materiale asimmetria conoscitiva, tanto più che la parte contrattuale possa essere rappresentata da una piccola e media impresa³⁴.

È, infine, discutibile, con riguardo al raffronto con la direttiva, la scelta del legislatore europeo – seppur quale frutto di inevitabili compromessi – di non cogliere in tale strumento legislativo, un’occasione per formulare una disciplina più organica

semburgo nelle pronunce «*Heiningers*» e «*Schulte*», rispettivamente Corte giustizia CE, 13 dicembre 2001, C-481/99, in *Corriere giur.*, 2002, 865, e Corte giustizia CE, 25 ottobre 2005, C-350/03, *ivi*, 2006, 481.

³³ Per un’analisi specifica della norma in discorso, già in sede di *Feasibility Study*, si rinvia a De Boeck A., *B2B Information Duties in the Feasibility Study: Analysis of Article 23*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 6-2011, pp. 787-797.

³⁴ Veneziano A., *Un diritto europeo per le contrattazioni on-line (anche) tra imprese?*, in *Contr. Impr./Eur.*, 2012, 454, con riguardo ai possibili sviluppi applicativi della CESL, reputa che la stessa potrà risultare maggiormente attrattiva nei contratti conclusi *on-line*, ove la qualificazione di una PMI quale contraente debole potrebbe essere maggiormente giustificata rispetto a quanto avviene nei contratti a distanza. L’A. inoltre auspica l’estensione del modello anche alla grande impresa, al fine di eliminare gli ulteriori costi di accertamento della natura della controparte. Si v., inoltre, Schwenzer I., *The Proposed Common European Sales Law and the Convention on the International Sale of Goods*, in *UCC Law Journ.*, Vol. 44, Nov. 2012, p. 473.

ed omnicomprensiva degli obblighi e dei requisiti informativi di natura precontrattuale, da poter applicare almeno ad una fascia così ampia di fruitori, quali i consumatori. In tal senso, oltre a discostarsi da importanti sollecitazioni di diritto contrattuale europeo – si pensi ai principi *Acquis* o al *DCFR*, di cui si riferirà a breve – la direttiva appare evidentemente ancora meno organica della CESL³⁵.

3. Segue: ai principali progetti di armonizzazione del diritto contrattuale europeo

La ricerca di un substrato condiviso anche sul fronte precontrattuale è strettamente correlata alla generale formulazione di un regime coerente di regole a presidio degli scambi che, pur ardua, in ragione delle profonde differenze culturali, oltre che giuridiche di cui sono portatori le diverse esperienze degli ordinamenti nazionali, rappresenta ormai una priorità più volte ribadita dallo stesso legislatore comunitario³⁶.

Non a caso, tanto nelle elaborazioni sorte anche su indicazione delle istituzioni comunitarie, quali, ad esempio, quelle condotte dal cd. *Acquis Group*, nonché dallo *Study Group on a European civil code*, quanto nell'ambito dei progetti di matrice più squisitamente accademica (si pensi ai lavori dell'Accademia dei giuristi europei e della Commissione Lando), ampio spazio è dedicato alla delineazione di un apparato uniforme e tendenzialmente completo dei doveri di natura informativa³⁷.

Le tecniche all'uopo utilizzate, nel riflettere le profonde differenze di impostazione e metodo, qui non indagabili, offrono tuttavia la poc'anzi evocata consapevolezza della

³⁵ Si leggano sul punto le osservazioni avanzate già prima dell'approvazione della direttiva nella *Position Paper on the Proposal for a Directive on Consumer Rights*, *Oxford University Comparative Law Forum*, 2009, ouclfiu-scomp.org.

³⁶ Da ultimo, tale esigenza è emersa anche in alla promozione di una crescita "intelligente, sostenibile e solida" dell'economia europea (Com. Commissione europea, 3 marzo 2010, «*Europa 2020: Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*» [COM(2010) 2020 def.]), per la cui attuazione lo stesso Parlamento europeo ha reputato imprescindibile la creazione di un quadro giuridico che, sul fronte contrattuale, contribuisca ad agevolare gli scambi transfrontalieri, [(Risol. Parlamento europeo, 8 giugno 2011 sulle *opzioni possibili in vista di un diritto europeo dei contratti per i consumatori e le imprese* (2011/2013(INI))]. Per una recente ricostruzione in materia, si legga E. Battelli, *Il nuovo diritto europeo dei contratti nell'ambito della strategia "Europa 2020*, in *Contr.*, 2011, 1065.

³⁷ Twigg-Flesner C., *Pre-contractual duties – from the Acquis to the Common Frame of Reference*, in R. Schulze (ed.) *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, Munich, Sellier ELP, 2008, p. 97 e ss. L'analisi dei doveri informativi precontrattuali nell'ambito dell'*acquis communautaire* è stata innanzitutto condotta attraverso il raffronto fra la legislazione vigente (si pensi all'ampia produzione normativa europea sul fronte consumeristico), i principi emergenti nelle principali esperienze europee e la relativa interpretazione giurisprudenziale, effettuata dalle Corti europee, con ciò determinando una sorta "patchwork nature", che non consente un approccio generalizzato e omnicomprensivo, Wilhelmsson T., Twigg-Flesner C., *Pre-contractual information duties in the acquis communautaire*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2006, 4, p. 442-470. Si legga, inoltre, Schulze R., Ebers M., Grigoleit H.C., *Informationspflichten und Vertragschluss im Acquis communautaire*, München, 2003.

centralità dell'informazione, a presidio dell'integrità del consenso, ma anche di un più corretto gioco concorrenziale, tanto che ciò avvenga, mediante tecniche di stampo legislativo, quanto che ciò si accompagni alla formulazione di principi di ordine generale.

Il primo approccio, seguito, come noto, nell'ambito del progetto di codice europeo dei contratti della Commissione Gandolfo, ha condotto all'inserimento, nel quadro della parte dedicata alla formazione del contratto, di una sezione inerente le trattative precontrattuali (sez. 1, artt. 6-10), i cui precetti sono rivolti a qualunque categoria di contraente, ad eccezione di un'unica norma espressamente dedicata ai consumatori per la contrattazione fuori dai locali commerciali³⁸. La consueta affermazione della libertà nell'instaurare le trattative e nel non dover necessariamente addivenire alla conclusione del contratto, è immediatamente delimitata dall'aver tenuto una condotta contraria a buona fede, consistente, tanto nell'intraprendere o proseguire le trattative, senza averne seria intenzione, tanto nell'interruzione ingiustificata delle trattative, ledendo l'altrui l'affidamento. Già per questo primo ordine di violazioni di carattere generale viene apprestato il rimedio risarcitorio con puntuale delineazione delle modalità di quantificazione.

I doveri di informazione, invece, formano oggetto di separata e specifica attenzione, allorché, non soltanto la parte non informi l'altra di qualunque circostanza di fatto e di diritto, di cui sia o debba essere a conoscenza, in ordine alla validità del negozio, ma anche con riguardo alla convenienza dell'affare, con ciò ampliando notevolmente la sfera degli obblighi e chiarendo altresì le conseguenze sul fronte risarcitorio, tanto nell'ipotesi che il contratto giunga a conclusione, tanto che si arresti o si riveli invalido, con ciò fuggando una serie di dubbi interpretativi, invece a tutt'oggi aperti nello studio della CESL.

Rappresenta inoltre specifico dovere precontrattuale, anche questo non menzionato nella CESL ed invece ampiamente richiamato nella maggioranza delle elaborazioni di diritto contrattuale europeo, quello di non divulgazione delle informazioni apprese in via confidenziale durante il corso delle trattative; anche in questo caso con specificazione delle conseguenze, in caso di violazione (art. 8)³⁹. Alquanto ca-

³⁸ *Academie Des Privatistes Europeens, Code européen des contrats, Avant-projet, Coordinateur Giuseppe Gandolfi, Livre premier, Edition de poche revue et corrigée par Lucilla Gatt, Milano, 2004.* Fra i numerosi contributi di commento a tale progetto, si v. Stein P., *Norme fondamentali in tema di accordo, contenuto, forma, interpretazione del contratto nel "Codice Europeo dei contratti"*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, I, 229.

³⁹ Nello studio di fattibilità del gruppo di esperti sul diritto europeo dei contratti (*Feasibility Study – FE*), pubblicato dalla Commissione europea, il 3 maggio 2011 (*A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the Feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*, IP/11/523) essa è rubricata all'art. 27 (*Negotiations contrary to good faith and fair dealing*) accanto ad un'ulteriore disposizione, art. 28 (*Breach of confidentiality*) anch'essa non più rinvenibile nella CESL, dedicata all'obbligo di non divulgazione di informazioni riservate, eventualmente apprese durante la trattativa. Al contrario l'obbligo di non divulgazione di informazioni riservate, a prescindere dalla conclusione del contratto, è presente nella maggioranza delle elaborazioni tese all'uniformazione del diritto contrattuale e persino nell'ambito dei *Principi*

rente, invece, si rivela l'apparato dedicato alla tutela del consumatore, ove il riferimento alla contrattazione fuori dei locali commerciali è meramente limitata all'informazione riguardo al dovere di recesso (art. 9), tralasciando l'imponente mole di requisiti informativi che ormai costituiscono nucleo essenziale della contrattazione a distanza e di numerose altre fattispecie specifiche (si pensi alla contrattazione per servizi finanziari, all'affiliazione commerciale, ecc.)⁴⁰.

Impostazione parzialmente analoga è riscontrabile nel secondo progetto di matrice accademica, i *Principles of european contract Law* (PECL), elaborati dalla Commissione Lando, nei quali a sostituzione di un'assai laconica sezione (III) dedicata alla responsabilità precontrattuale e comprendente soltanto una disposizione relativa alle trattative contrarie a buona fede ed una attinente al tradimento della confidenza, si è sostituita una versione più completa, revisionata ad opera della *Association Henri Capitant*, nella quale assume rilevanza a sé stante il dovere di informazione a carico di ciascun contraente e nei confronti di chiunque, senza pertanto distinzioni di caratteri soggettivo⁴¹. Esso, partendo dal presupposto assai radicato in particolare nelle esperienze di *common law*, in base al quale ciascuno sia tenuto a procurarsi autonomamente le informazioni attinenti al contratto, viene immediatamente mitigato da tre regole specifiche: la prima attinente all'obbligo di rispondere lealmente a qualunque domanda venga posta in relazione al contratto (con ciò presupponendo comunque un *input* proveniente dalla controparte), la seconda, concernente il più pregnante obbligo di rivelare ogni informazione che possa influenzare il contratto, la terza riguardante l'obbligo per la parte tecnicamente più competente di adoperarsi per adempiere "*a more onerous informative duty*" in favore dell'altra⁴². A fronte della violazione di ciascuno dei menzionati obblighi, la parte è ritenuta genericamente responsabile, senza che tuttavia sia fatta espressa menzione dei rimedi esperibili, salvo

Unidroit, che pure non contengono altri riferimenti agli obblighi informativi, ma dedicano specifica attenzione ai doveri di riservatezza nel corso delle trattative (v. art. 2.1.16). Per una generale disamina delle principali differenze e similitudini, in ordine a contenuti ed ambito applicativo dei principi UNIDROIT rispetto alla CESL, si v., di recente, Illescas R., *The CESL compared with the UNIDROIT principles*, in *Eur. Dir. priv.*, 2013, 2, 537-547.

⁴⁰ Interessante è infine che la sezione dedicata alle trattative si chiuda con un riferimento, nell'ambito della stipulazione di contratti internazionali o intercontinentali, all'obbligo di conformarsi ad eventuali usi vigenti per le stesse tipologie contrattuali (art. 10).

⁴¹ Fra le numerose disposizioni dedicate ai doveri da informazione, spiccano gli artt. 6:101 e 4:106, ove le informazioni sulla qualità o uso dei beni rese dal professionista si considerano fonte di obbligazione contrattuale o comunque di responsabilità a prescindere dal destinatario delle stesse, con ciò confermando la scelta in base alla quale la correttezza e buona fede negli scambi reclamino serietà ed impegnatività dell'informazione, anche spontaneamente fornita o immessa in circolazione prima o al momento della conclusione del contratto. Così, Castronovo C. – Mazzamuto S., *I doveri di informazione*, cit., p. 449.

⁴² In quest'ultima ipotesi si ravvisa lo sforzo, non necessariamente ben riuscito, di inglobare casi estremamente eterogenei nei quali l'asimmetria informativa sia frutto di una asimmetria di potere contrattuale.

che non dimostri la propria leale convinzione di aver fornito informazioni accurate (*had legitimate reasons to believe such information was accurate*)⁴³.

Come noto, tuttavia, le sollecitazioni provenienti dall'apparato istituzionale comunitario, quand'anche non sempre coerenti e lungimiranti, hanno condotto ad una rielaborazione del quadro comune di principi che dovrebbero presiedere perlomeno l'ambito contrattuale, ad opera del gruppo attualmente noto come *Joint Network on European Private Law* – *Network of Excellence*, capitanato dall'*Acquis Group* e dallo *Study Group on a European Civil Code*. L'opera svolta è confluita così nel citato *Draft Common Frame of Reference*, (DCFR) quale compromesso di due differenti anime, la prima (*Principi Acquis*), mirante al riordino della frammentaria produzione legislativa comunitaria nel campo del diritto privato, la seconda volta alla stesura di un codice fondato sulle soluzioni reputate più efficienti fra quelle circolanti negli Stati membri (*Principles of European Law*), nel segno della continuità rispetto ai lavori intrapresi dalla Commissione Lando, ma con specifico riguardo ai temi di natura patrimoniale ulteriori rispetto a quelli, già affrontati, di stampo contrattuale⁴⁴.

Ne è emersa una poderosa elaborazione, nella quale anche la fase precontrattuale è risultata arricchita di contenuti provenienti sia dall'evoluzione dell'apparato normativo comunitario (si pensi alle specifiche esigenze legate alla contrattazione con mezzi elettronici), sia anche dalla rinnovata consapevolezza della centralità che un corretto adempimento degli obblighi di natura precontrattuale, ed *in primis* di quelli di informazione, debba essere calibrato in funzione del soggetto al quale il flusso informativo è destinato ed in relazione alla presenza o meno di una trattativa.

Con riguardo all'impostazione del Cap. III del DCFR (*Marketing and pre-contractual duties*), si evidenzia il contegno che deve essere osservato dalle parti, allorché si intraprenda una negoziazione, evidenziando, ancora una volta: la libertà di addivenire o meno alla conclusione del contratto e la consueta regola di comportamento ispirato a buona fede e correttezza cui ciascuna parte è tenuta, precisando che tale

⁴³ Fra i numerosi commenti ai PECL, si v. L. Antonioli, A. Veneziano, *Principles of European Contract Law and Italian Law: A Commentary*, WKI, 2005. In ordine all'influenza esercitata dai Principi Lando sul DCFR e da ultimo sulla CESL, si legga l'interessante contributo di E. Clive, *The lasting influence of the Lando Principles*, in *Liber amicorum Ole Lando*, M. J. Bonell, M.-L. Holle, P. A Nielsen (eds.), Copenhagen, 2012, 69. Specifica attenzione ai profili di responsabilità contrattuale nella versione originaria dei PECL è dedicata da V. Ricciuto, *La responsabilità precontrattuale nella prospettiva dei Principles of European Contract Law*, in *Il contratto e le tutele*, S. Mazzamuto (a cura di), Torino, 2002, 134.

⁴⁴ Tutt'altro che lineari si sono rivelati gli sviluppi del citato *Draft*, attese non solo le critiche sul fronte accademico, ma anche il chiaro intento di ridimensionamento esercitato dalla Commissione europea, da sempre orientata ad estrapolare le sole parti ritenute pertinenti al diritto dei contratti [v. Dec. Commiss. 26 aprile 2010 che istituisce il gruppo di esperti per un quadro comune di riferimento nel settore del diritto europeo dei contratti (2010/233/UE), L 105/109]. La letteratura di commento al DCFR è copiosissima; si v., a titolo meramente esemplificativo, fra i contributi più recenti, A.a. V.v., *A factual assessment of the draft common frame of reference*, ed. by Luisa Antonioli, Prep. by the Common Core Evaluating Group, München, 2011.

dovere non possa essere escluso, né limitato dal contratto. Si stabilisce, con formula ampia, che in caso di violazione, il soggetto sarà tenuto a risarcire l'altra di ogni perdita⁴⁵ e si specifica che un'ipotesi di condotta contraria a buona fede sia rappresentata dall'interruzione ingiustificata delle trattative⁴⁶.

È invece del tutto assente il riferimento espresso all'eventualità che una parte ometta di informare l'altra circa eventuali cause di invalidità del contratto, similmente a quanto si desumerebbe in sede nazionale dall'art. 1338 c.c., ma non pare che la circostanza possa dirsi esclusa, atteso che nel co. 4 dell'art. II – 301, nel riferirsi alla menzionata interruzione delle trattative, opportunamente si utilizza l'espressione “*in particular*”, quasi a voler sottolineare la non tassatività della fattispecie richiamata.

Nell'impostazione del DCFR, tuttavia, pur dovendo ciò rappresentare il nucleo dei principi generali a presidio della fase precontrattuale (v. sez. 3 del cap. III), e riferibili indistintamente a qualunque persona intavoli una trattativa, è in realtà posto dopo un elenco assai dettagliato di doveri informativi, a sua volta diversamente declinabile in funzione dei soggetti ai quali gli stessi sono destinati, riflettendo l'esigenza di riequilibrio dell'asimmetria informativa tipica della contrattazione standardizzata.

In questa che rappresenta, pertanto, la parte introduttiva dei doveri in parola, non si assiste, alla mera consueta bipartizione fra professionisti e consumatori, ma, con un certo grado di complicazione, le informazioni che il *business* è tenuto a fornire sono differenziate a seconda che si rivolgano alla controparte professionale (ove emerge il sempre più frequente ricorso alle cd. buone pratiche commerciali), al consumatore puro e semplice, ovvero a quello medio, ovvero ancora al consumatore che si trovi in una posizione particolarmente svantaggiata, a causa, ad esempio, del contesto, della natura della transazione o dello strumento tecnico utilizzato nella contrattazione (v. artt. II – 3:301 – 3:303)⁴⁷.

Da un punto di vista oggettivo, tuttavia, non può mancare di notare che l'approccio seguito dal *Draft* presenti caratteri di indubbio interesse, perlomeno su due fron-

⁴⁵ Per il significato dell'espressione “*any loss*” utilizzata tanto in questa sede, quanto nella CESL si v. *infra* par. 5. Il significato del termine è altresì richiamato all'interno della sezione dedicata all'inadempimento contrattuale (III. 3:701), ma che in tal modo è consentito il riferimento ad un risarcimento integrale, non predefinito, ma di volta in volta quantificabile sulla base del caso concreto.

⁴⁶ A questo deve aggiungersi, come già precedentemente notato, la sussistenza di un preciso obbligo di confidenzialità, i cui contenuti sono specificati all'art. II – 3:302. In questo caso, tuttavia, è interessante notare che, oltre alla formula del risarcimento integrale, i redattori hanno ritenuto opportuno sanzionare ulteriormente l'eventualità che la parte abbia tratto vantaggio dalla violazione dell'obbligo in parola, affermando l'obbligo di corrispondere alla controparte ogni beneficio in tal guisa conseguito.

⁴⁷ La formulazione così ampia utilizzata nel *Draft* consente evidentemente l'applicazione dei precetti in analisi anche a contratti per i quali nel tempo sono stati apprestati specifici strumenti informativi; si pensi ai contratti di multiproprietà (Dir. 2008/122/CE del 14 gennaio 2009, tutela dei consumatori per quanto riguarda taluni aspetti dei contratti di multiproprietà, dei contratti relativi ai prodotti per le vacanze di lungo termine e dei contratti di rivendita e di scambio, in GU L 33 del 3.2.2009).

ti: il primo è rappresentato dalla riformulazione della disciplina della conformità in termini di obbligo di informazione (art. II. – 3:101)⁴⁸; il secondo dalla valorizzazione, della fase del cd. *marketing*, ovvero prodromica allo stesso contatto fra le parti.

La prima circostanza, riguardante altresì beni immobili e servizi, rivolgendosi anche alla controparte professionale, valorizza il relativo ragionevole affidamento in merito agli standards di qualità, con ciò concretizzando un criterio già ricavabile dalla Convenzione di Vienna (perlomeno per i beni mobili), ma anche gli specifici obblighi informativi previsti dalla cd. direttiva servizi (Dir. 2006/123/CE)⁴⁹.

Per quanto invece attiene al secondo punto di interesse, la terminologia qui utilizzata, nel riferirsi a quell'insieme di attività di pubblicizzazione che precedono la fase di vera e propria instaurazione del contatto fra le parti (cd. *marketing*, v. art. II. – 3:102), denota la consapevolezza dei redattori circa le problematiche sottese a quanto precede il processo decisionale di conclusione del contratto. Diversamente da quanto si sottolineerà nella CESL, ove solo trasversalmente si fa cenno all'inesattezza o ingannevolezza dell'informazione (art. 28 CESL), in questa sede sembra affermarsi l'istanza di tutela anche avverso le molteplici e subdole conseguenze riconducibili alle comunicazioni commerciali e concretizzabili in pratiche commerciali scorrette, così come recepite nei vari ordinamenti nazionali⁵⁰.

Con tale premessa, e soltanto dopo le citate distinzioni di carattere soggettivo, il *Draft* procede ad ulteriori specificazioni, legate invece alla tipologia di contrattazione (es. per via telefonica, art. 3:104), ivi compresa, quella condotta con mezzi elettronici (II. – 3:105).

E tuttavia, stante la peculiarità di quest'ultima e l'assai frequente mancanza di trattativa (es. assenza di preventivo scambio di *e-mail*) i redattori del *Draft* – similmente a quanto previsto nella CESL e a quanto emerge da una lettura combinata

⁴⁸ Il *Draft* eleva a regola di tenore generale, da osservarsi nei confronti di chiunque («another person») nel caso di vendita di *goods, assets, services* obblighi di informazione, impiegando una clausola generale, fondata sulla ragionevole aspettativa («reasonably expect») della controparte, H.W. Micklitz, *Legitime Erwartungen als Gerechtigkeitsprinzip des europäischen Privatrechts*, in L. Krämer, *Recht und diffuse Interessen in der europäischen Rechtsordnung*, Baden-Baden, 1997, 245. Il principio trova il suo antecedente nell'art. 2 della dir. 99/44/CE, in tema di garanzie per beni di consumo, ma seppur con un'applicazione più lata, riferita alle buone pratiche commerciali, è per l'appunto destinata anche alla controparte professionale.

⁴⁹ Cfr. Salanitro U., *Gli obblighi precontrattuali di informazione: le regole e i rimedi nel progetto acquis*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, 1, 59.

⁵⁰ Da questo punto di vista, l'influenza esercitata dall'informazione, che inizialmente è confezionata per un pubblico indefinito di destinatari e che poi viene veicolata verso un soggetto specifico, è destinata ad influenzare la scelta del singolo, ma con essa lo stesso gioco della libera concorrenza, come concretamente avviene, qualora ad esempio si sia dinanzi ad un'informazione formalmente corretta, ma omissiva rispetto a profili rilevanti per il cd. consumatore medio. Non caso, la formula legislativa, opportunamente qualificata come scorretta una pratica commerciale, allorché induca o sia "idonea ad indurre" il consumatore medio ad assumere una decisione di natura commerciale che non avrebbe altrimenti adottato.

della Dir. 2011/83, e della Dir. 70/2000 – completano l'assetto della contrattazione con mezzi elettronici, dettando una specifica disciplina relativa al dovere in capo al professionista di apprestare mezzi opportuni, affinché la controparte possa correggere eventuali errori commessi nell'inserimento dei dati, nonché alla necessità, in capo al medesimo, di comunicare adeguatamente di aver ricevuto l'offerta o l'accettazione⁵¹.

Presupposto essenziale, intrinseco al corretto ed effettivo adempimento di ciascuno degli obblighi informativi menzionati, è poi rappresentato dal dovere di chiarezza, di intelligibilità, dalla necessità che, per specifiche contrattazioni, le informazioni siano trasmesse su supporti durevoli (II-3:106). A tale regola di applicazione generale, il *Draft* fa seguire, con una scelta non particolarmente felice sul fronte della collocazione, ulteriori disposizioni attinenti rispettivamente alle informazioni relative a prezzi e informazioni aggiuntive, nonché circa il contenuto delle informazioni relative ad identità ed indirizzo del professionista (II-3:107 – 3:108).

Il profilo più interessante è naturalmente contenuto nell'ambito della disposizione dedicata ai rimedi (II-3:109), ove, similmente alla scelta adottata nella CESL, ed in contrasto con la riscontrata vaghezza tipica delle direttive, si è previsto un articolo, ma conciso strumentario finalizzato a chiarire le conseguenze della violazione degli obblighi informativi⁵².

Gli elementi di similitudine con il relativo impianto CESL sono evidenti, essendo a titolo esemplificativo, *in primis* enfatizzata la centralità dell'informazione in ordine al diritto di recesso in favore del consumatore; essendo altresì chiarita, sempre a suo vantaggio, la non derogabilità dei precetti. Si riscontrano, tuttavia, divergenze attinenti prevalentemente alla scelta del *Draft* di accordare specifica considerazione all'eventualità che il contratto non giunga a buon esito, ma anche alla circostanza che sia concluso.

Fatta salva, infatti, la percorribilità delle vie tipicamente conseguenti alla presenza di un vizio del consenso, quali ad esempio l'errore, nonché al differente settore dei rimedi avverso l'inadempimento delle obbligazioni contenute al Libro III, il *Draft* enuclea un rimedio di ordine generale ed uno più specifico derivante dalla mancanza o non correttezza dell'informazione.

Il primo è opportunamente riferito alla duplice ipotesi che il contratto giunga o meno a conclusione ed è naturalmente rappresentato dal menzionato riferimento a responsabilità qualunque perdita cagionata per effetto della violazione di doveri informativi; il secondo è invece riferibile esclusivamente a contratti conclusi e comporta il

⁵¹ Tali norme, tuttavia, sono fatte oggetto di una specifica sezione (sez. II, artt. 3:201 – 3:202) che in realtà, a parere di chi scrive, avrebbe dovuto interessare tutta la contrattazione per via elettronica.

⁵² La norma, riferibile esclusivamente alla violazione di doveri informativi, non va confusa con quella di carattere generale (art. II. – 3:501), contenuta a chiusura dell'intero Cap. III, dedicata al diritto per la parte danneggiata di richiedere il risarcimento, laddove la controparte si renda responsabile della violazione di uno qualsiasi dei doveri enunciati.

vincolo, a carico del professionista che abbia perpetrato una delle violazioni in discorso, rispetto a quelle obbligazioni su cui la controparte abbia fatto ragionevole affidamento in conseguenza della mancanza o non correttezza delle informazioni ricevute.

Sotto quest'ultimo aspetto, premessa la parziale divergenza con la soluzione CESL, che sarà illustrata in prosieguo, deve riscontrarsi la prospettazione di una regola molto forte, dovendosi poi nel caso concreto verificare quale affidamento abbia ingenerato un certo flusso o l'assenza totale dell'informazione sulla formazione della volontà. È in ciò è particolarmente significativo che il *Draft* non si sia limitato a garantire tale conseguenza in favore del consumatore, ma l'abbia estesa a qualunque controparte contrattuale.

Un ultimo aspetto, reso oggetto di attenzione anche nella direttiva (v. art. 27), ma non nella CESL, attiene alle cd. forniture non richieste di beni o servizi (sez. 4, art. II. – 3:401); in tale ipotesi, fatte salve alcune ipotesi specifiche (ad es. riconducibili alla gestione di affari altrui o all'ingiustificato arricchimento), è sancito, in favore del consumatore, l'assenza di qualunque vincolo contrattuale derivante dalla fornitura non sollecitata di beni o servizi, nonché l'esonero dalla corresponsione di qualunque prestazione correlata all'uso (o restituzione) dei medesimi.

L'esame, seppur rapido, dell'assetto dei obblighi informativi precontrattuali nel DCFR consente di enucleare alcuni tratti fondamentali che, a parere di chi scrive, non sono stati adeguatamente valorizzati nella CESL.

A fronte, infatti, di una non convincente sistemazione delle norme in analisi, (si pensi alla suddivisione delle regole concernenti la contrattazione con mezzi elettronici, ovvero alla stessa duplicazione delle norme sui rimedi), il *Draft* sembra aver più compiutamente focalizzato altri elementi tutt'altro che secondari: le possibili fonti di alterazione del consenso già in fase di promozione dei prodotti o servizi; l'importanza dell'espressa previsione di regole generali per le ipotesi in cui sussista effettivamente una trattativa, quand'anche meno frequenti della contrattazione standardizzata; l'opportunità di considerare le conseguenze della violazione degli obblighi informativi anche laddove il contratto risulti concluso e non inficiato da un vizio del consenso; la maggiore deterrenza scaturente dall'assoggettamento del professionista a quanto ingannevolmente promosso, piuttosto che dal mero rimedio risarcitorio.

4. La centralità dei contratti conclusi con mezzi elettronici

L'inserimento di un'analitica e composita disciplina della contrattazione con mezzi elettronici, oltre che in linea con l'evoluzione della disciplina consumieristica⁵³, costituisce un importante tassello anche nell'ambito delle negoziazioni fra professionisti.

⁵³ I più diretti riferimenti alla materia sono contenuti all'art. 8, Dir. 2001/83/UE, che, a sua volta lascia impregiudicate le disposizioni relative alla conclusione di contratti elettronici e all'inoltro di ordini per via

Essa, infatti, racchiusa agli artt. 24 e 25 (All. I CESL), probabilmente non a caso, segue l'unica norma inerente agli obblighi informativi precontrattuali espressamente dedicata a quest'ultimo segmento di rapporti (il citato art. 23) e precede una serie di prescrizioni che interessano genericamente "l'altra parte"⁵⁴. La sua collocazione sistematica non appare, tuttavia, convincente considerando che, il particolare mezzo utilizzato nella contrattazione (lo strumento elettronico) non altera la natura stessa di contratto a distanza e dunque, avrebbe dovuto completare la disciplina di questi ultimi, semmai chiarendo la sua estensione anche ai rapporti fra operatori professionali⁵⁵.

elettronica conformemente agli articoli 9 e 11 della dir. 2000/31/CE (art. 8, co. 9). In merito, non può mancare di sottolineare la persistente frammentazione di fonti, tutt'altro che risolta nella direttiva consumatori, che, perlomeno in quest'ambito specifico, sembra ridimensionata nella CESL.

⁵⁴ Per comodità si riporta il testo integrale delle menzionate disposizioni Art. 24 (*Ulteriori obblighi di informazione nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici*): 1. Il presente articolo si applica quando il professionista mette a disposizione gli strumenti per la conclusione del contratto e tali strumenti sono elettronici e non comportano lo scambio esclusivo di messaggi di posta elettronica o altre comunicazioni individuali. 2. Il professionista deve mettere a disposizione dell'altra parte strumenti tecnici adeguati, efficaci ed accessibili che permettano a quest'ultima di individuare e correggere, prima di formulare o accettare una proposta, gli errori commessi nell'inserimento dei dati. 3. Prima che l'altra parte formuli o accetti la proposta, il professionista deve fornire informazioni su quanto segue: (a) le fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto; (b) l'eventuale archiviazione del documento contrattuale da parte del professionista e la possibilità di accedervi; (c) i mezzi tecnici per individuare e correggere, prima di formulare o accettare la proposta, gli errori commessi nell'inserimento dei dati; (d) le lingue proposte per la conclusione del contratto; (e) le clausole contrattuali. 4. Il professionista deve assicurare che le clausole contrattuali di cui al paragrafo 3, lettera e), siano disponibili in caratteri alfabetici o in altra forma intellegibile su un supporto durevole, secondo modalità che consentano la lettura, l'archiviazione, e la riproduzione in forma tangibile dell'informazione. 5. Il professionista deve avvisare l'altra parte, con mezzi elettronici e senza ingiustificato ritardo, di aver ricevuto la sua proposta o accettazione. Art. 25 (*Ulteriori obblighi nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici*): 1. Nei contratti a distanza conclusi con mezzi elettronici che impongano al consumatore l'obbligo di effettuare un pagamento, il professionista deve comunicare al consumatore in modo chiaro ed evidente, immediatamente prima che questi inoltri l'ordine, le informazioni di cui all'articolo 13, paragrafo 1, lettera a), all'articolo 14, paragrafi 1 e 2, e all'articolo 16, lettera b). 2. Il professionista deve assicurarsi che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore dichiari espressamente di sapere che l'ordine implica l'obbligo di un pagamento. Se l'inoltro dell'ordine presuppone l'azionamento di un pulsante o di una funzione analoga, il pulsante o la funzione analoga devono recare esclusivamente e in modo facilmente leggibile le parole "ordine con obbligo di pagamento" o una formulazione corrispondente ed inequivocabile, indicante che l'inoltro dell'ordine implica l'obbligo di effettuare un pagamento al professionista. Se il professionista non osserva le disposizioni del presente paragrafo, il consumatore non è vincolato dal contratto o dall'ordine. 3. Il professionista deve indicare in modo chiaro e leggibile nei suoi siti di commercio elettronico, almeno all'inizio del procedimento di ordinazione, se si applicano restrizioni alla consegna e quali siano i mezzi di pagamento accettati.

⁵⁵ Nella menzionata risistemazione proposta dall'ELI, i contratti conclusi con mezzi elettronici precedono persino tutte le restanti forme di negoziazione, nei precetti indistintamente rivolti a professionisti e consumatori, proprio al fine di evidenziarne la portata generale. Essendo, inoltre stato da più parti rilevato che i "contratti a distanza" siano per definizione riferibili ai soli rapporti con i consumatori (v. def. art. 2, lett. p, CESL), nel recente documento di emendamento alla CESL, si è proposto di sostituire la locuzione con quella di "mass communication contracts", includendovi espressamente anche i rapporti fra professionisti" (v. emend. Art. 25, *Statement ELI, 1st Supplement: Reactions to the Draft Report of 18 February 2013 of the EP Committee on Legal Affairs*, July 2013).

La prima (art. 24) sintetizza, con una formula atta a ricomprendere qualunque destinatario, una serie di precetti supplementari rispetto a quelli già considerati obbligatori nei contratti a distanza⁵⁶ e specificamente volti a preservare la libertà negoziale del contraente, elevando contestualmente quegli standard di trasparenza funzionali ad un più elevato senso di fiducia degli utenti nella contrattazione per via telematica, ma anche ad un più efficiente regime concorrenziale fra imprese⁵⁷.

Pur non essendo indirizzata a quelle forme di contrattazione che prevedano mera trattativa individuale, ossia condotte “esclusivamente” mediante scambio di messaggi di posta elettronica o comunicazioni individuali, ne emerge un vasto ambito di applicazione, esteso sia alla conclusione mediante sito internet, sia con modalità promiscue (quali ad es. offerta al pubblico esposta su sito internet, cui seguono comunicazioni individuali, via *e-mail*, *chat*, messaggistica vocale, ovvero mediante raggiungimento di specifiche aree dopo procedura di *log in*, ecc.).

L'enfasi sui contratti non conclusi esclusivamente mediante scambio di *e-mail*, riproposta in ambito CESL, costituisce un punto focale, in ragione del particolare ruolo ricoperto, nel procedimento di formazione del contratto, dallo strumento telematico, evidentemente non più limitato alla funzione di mero supporto nella trasmissione della volontà negoziale⁵⁸.

I problemi posti dalla prassi, e solo parzialmente risolti dalla disciplina europea, sono molteplici e hanno come filo conduttore, l'effettiva consapevolezza dell'utente (in particolare consumatore) in relazione al momento di assunzione dell'impegno vincolante, considerando anche la particolare natura dei beni scambiati (si pensi ai cd. contenuti digitali) o le precipue modalità di pagamento, che potrebbero persino indurre ad una commistione fra fase formativa e fase esecutiva⁵⁹.

⁵⁶ Già quasi integralmente evincibili dalla citata direttiva 2000/31/CE (spec. art. 10) e tutt'ora vigenti per effetto del generale rinvio contenuto nella dir. 2011/83/UE (art.8, co. 9). Rispetto alla prima si scorgono lievi scollamenti, quali la mancanza del riferimento all'eventuale adesione a codici di condotta o a strumenti di composizione delle controversie, probabilmente dovuti all'intento di porre l'accento soltanto sugli aspetti di più diretta pertinenza con il contratto che si sta per concludere.

⁵⁷ Bravo F., *Commercio elettronico*, in *Enc. dir.*, Annali, V, 2012, 253 e ss.

⁵⁸ Il complesso dibattito in ordine alla funzione degli obblighi informativi è, come noto, principalmente connesso alle peculiarità della conclusione del contratto per via telematica, che pone una serie di dubbi interpretativi, anche in ordine alla possibile sovrapposizione fra fase formativa e fase esecutiva del contratto. Ben meno problematiche, infatti, appaiono quelle negoziazioni nelle quali, lo strumento informatico costituisca soltanto un mezzo per la trasmissione della volontà (cd. negozio informatico) o una piattaforma di contrattazione virtuale (es. cd. aste virtuali). *Ex multis*, per il panorama nazionale, Tosi E., *Contratti informatici, telematici e virtuali – Nuove forme e procedimenti formativi*, Milano, 2010; Pennasilico M., *La conclusione dei contratti on-line tra continuità e innovazione*, in *Dir. inf.*, 2004, pp. 805; Scognamiglio C., *La conclusione e l'esecuzione del contratto telematico*, in *Commercio elettronico e categorie civilistiche*, a cura di Sica S. e Stanzone P., Milano, 2002, pp. 73-89.

⁵⁹ La menzionata sovrapposizione è invero principalmente temporale, considerando che sovente la pressione del tasto negoziale virtuale assolve molteplici funzioni, oltre a quella di accettazione (si pensi ai casi nei quali si trasmettono contestualmente i dati della carta di credito, quelli nei quali i predetti dati abbiano solo

Anche l'uso dell'espressione "prima di formulare o accettare la proposta" risponde presumibilmente alla necessità di ampliamento del predetto ambito applicativo, anche ad ipotesi in cui sia il professionista destinatario di una proposta, pur in assenza di trattative individuali; in tale direzione potrebbe essere ricondotta, *a latere* della ben più frequente offerta al pubblico, l'ipotesi in cui il professionista effettui un mero invito ad offrire, mediante la presentazione, sul relativo sito di commercio elettronico, di beni o più opzioni soggette alla scelta del destinatario, cui segue la proposta contrattuale della controparte⁶⁰.

Oltre che espressamente volta a fornire alla controparte "ulteriori obblighi di informazione", essa dovrebbe perseguire uno scopo più ampio, consistente nella necessità di adeguamento, da parte del professionista, degli strumenti tecnologici atti a garantire che la conclusione del contratto avvenga in modo corretto, eventualmente predisponendo gli strumenti affinché il contraente possa validamente ritirarsi dall'*iter* di formazione del medesimo (v. in particolare art. 25, par. 2, lett. c)⁶¹.

La necessità di colmare materialmente il *gap* tecnologico è, altresì, affidata anche all'assolvimento di oneri di trasparenza, consistenti *in primis* nell'agevole e permanente accessibilità dei contenuti contrattuali, considerando quale referente un utente medio, non necessariamente esperto di procedure di commercio virtuale⁶².

funzione di garanzia) che si spingono persino nell'immediata appropriazione del bene, mediante *download*. Sebbene, da un punto di vista dogmatico, sia sempre utile tenere ferma la distinzione fra le menzionate fasi di formazione dell'accordo e di materiale esecuzione della prestazione, non vi è dubbio che l'utente non ne abbia sempre piena consapevolezza.

⁶⁰ Non è infatti riprodotta la locuzione presente all'art. 10 della Dir. 2000/31/CE "*prima dell'inoltro dell'ordine da parte del destinatario del servizio*", che lascia più agevolmente intendere l'attività del professionista quale volta ad effettuare un proposta al pubblico, nel nostro ordinamento coincidente con la disciplina di cui all'art. 1336 c.c., in cui l'ordine del destinatario rappresenta una forma di accettazione e dunque di conclusione del contratto. La valutazione in merito alla differenza fra le due ipotesi (offerta al pubblico e invito ad offrire) dovrebbe comunque essere condotta caso per caso, non essendo possibile una generalizzazione (si pensi, a titolo esemplificativo a quelle proposte, cui segue l'inoltro dell'ordine, ma condizionate dalla necessità di verifica, in capo al professionista, della disponibilità della merce).

⁶¹ Non a caso essa si riferisce alla necessità che tali strumenti siano "adeguati, efficaci ed accessibili" e, poiché è, ad esempio, frequente che lo stesso utente sia chiamato ad inserire dati personali o di altra natura, funzionali al perfezionamento del contratto, risulta essenziale che costui sia posto nella possibilità di apportare correzioni prima dell'accettazione.

⁶² In dottrina opportunamente si distingue la nozione di facilità di accesso alle informazioni, consistente nell'accesso senza particolari impedimenti o difficoltà per l'utente medio, dall'accesso diretto, che invece implicherebbe la necessità che siffatte informazioni siano contenute nel medesimo sito ove è indicato il bene o servizio offerto, con esclusione di rinvii *per relationem*, v. Rossello C., *Gli obblighi informativi del prestatore di servizi nella nuova disciplina del commercio elettronico*, in *Commercio elettronico e servizi della società dell'informazione – Le regole giuridiche del mercato interno e comunitario: commento al d.leg. 9 aprile 2003 n. 70*, Tosi E. (a cura di), Milano, 2003, p. 59. Nella norma in analisi, viene garantita altresì la cd. accessibilità permanente all'informazione, evincibile dal riferimento all'archiviazione ed alla riproduzione in forma tangibile dell'informazione (art. 24, co. 4), ma non sembra esservi un'espressa indicazione in ordine all'accessibilità diretta.

In merito, nel ribadire la menzionata inutilità e persino pericolosità insita nella sovrabbondanza di informazioni, deve rimarcarsi l'attenzione sulla natura dell'asimmetria di posizioni fra *trader* e aderente (seppur mitigata dall'eventuale natura professionale della controparte)⁶³: essa non è meramente ancorata allo squilibrio informativo, connaturato alla predisposizione unilaterale delle condizioni generali, ma allo squilibrio di conoscenza delle regole di formazione dell'accordo, poiché il professionista non soltanto predispone il regolamento, ma è anche autore del procedimento formativo e la mera illustrazione delle fasi tecniche da seguire per la conclusione del contratto potrebbe non essere sufficiente a colmare il divario⁶⁴.

Nel fissare obblighi omogenei nella fase precontrattuale per via elettronica, la norma, riproducendo contenuti ormai piuttosto collaudati nell'esperienza europea, pone altresì l'accento su modalità procedurali, atte ad estrinsecarsi anche in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto, concretandosi nell'archiviazione del documento contrattuale, nonché nella possibilità di successivo accesso e riproduzione, con ciò rimarcando – seppur in modo meno analitico del disposto in favore del consumatore, *ex* all'art. 19 – la tendenza verso un neoformalismo di protezione, tipico della contrattazione standardizzata⁶⁵.

Talora, tuttavia, sembra quasi che nella redazione della Proposta, sia stato privilegiato l'intento di un'esposizione sintetica delle regole, a svantaggio della chiarezza interpretativa, che si concreta, oltre che nell'eliminazione di alcuni elementi previsti dall'*acquis europeo*, anche nell'inserimento, quale mero paragrafo dell'articolo in analisi (par. 5) di una norma attinente alla ricezione, da parte del professionista, della proposta o accettazione proveniente dalla controparte.

Essa si configura certamente quale ulteriore obbligo informativo a carico del *trader*, rispondente ad un più generale dovere di correttezza di dare notizia alla controparte, circa l'avvenuta ricezione della proposta o accettazione, con mezzi elettronici (e dunque con strumenti equivalenti a quelli utilizzati nell'*iter* formativo del

⁶³ Prospetta disomogenei livelli di disinformazione, Gentili A., *Informazione contrattuale e regole dello scambio*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, 559 ss.

⁶⁴ Si legga in proposito, Nazzaro A. C., *Riflessioni sulla conclusione del contratto telematico*, in *Inf. e dir.*, f. 1-2, 2010, p. 7-32, nonché Alessi R., *Diritto europeo dei contratti e regole dello scambio*, cit., 970.

⁶⁵ La semplificazione e trasparenza in ordine a tali fasi tecniche (si pensi alla evidenziazione a monte dei vari passaggi che condurranno l'utente al completamento della procedura o alla semplificazione degli strumenti di correzione dei dati inseriti, ecc.) assume un'importanza decisiva, oltre che in un'ottica protettiva individuale, anche nella costruzione di sistemi sempre più affidabili e corretti di contrattazione. Sotto questo precipuo angolo visuale, ed in particolare nella contrattazione per via telematica, si deve ritenere plausibile che l'utente medio non sia in grado di "processare" e dunque di elaborare, in fase precontrattuale, una mole dettagliata di informazioni, ma piuttosto sia protetto dall'agevole accesso ad un limitato numero di informazioni chiave per la corretta formazione del consenso, che non implicino un particolare sforzo cognitivo. In merito, le ben note conclusioni della cd. *Behavioral Law and Economics*, Jolls, C., Sunstein, C. R., Thaler, R. H., *A Behavioral Approach to Law and Economics*, in *Stanf. Law Rev.*, July 1998, 1451.

negozio) e, soprattutto, senza ingiustificato ritardo. Pare tuttavia doversi rivolgere esclusivamente alla controparte professionista, dato che regole ben più analitiche e protettive sono previste (all'art. 19, par. 5) in favore del consumatore⁶⁶.

Né si comprende quale ragione abbia indotto ad espungere l'opportuno riferimento al supporto durevole, anche per la conferma in parola, attesa la rilevante funzione esercitata dalla conservazione nel tempo delle informazioni e dal loro agevole accesso⁶⁷. Sarebbe stato anzi auspicabile che proprio in tale conferma, fosse racchiuso un riepilogo delle condizioni generali, nonché delle principali informazioni, attinenti ad aspetti correlati alla conclusione del contratto (quali recesso, mezzi di pagamento, costi accessori, ecc.) e persino degli eventuali stadi attinenti alla procedura telematica, che possono rivelarsi necessari al destinatario per conseguire scopi diversi dalla mera conclusione del contratto (es. modalità della consegna, servizi connessi, ecc.)⁶⁸.

La conferma in discorso non sembra incidere, infatti, sul momento perfezionativo dell'accordo che risulta già raggiunto, ma attiene ad uno stadio successivo, svolgendo la precipua funzione di conferire certezza al rapporto instauratosi per via telematica, mediante un vero e proprio obbligo procedimentale stabilito *ex lege*,⁶⁹ con intuibili ripercussioni anche sul fronte probatorio.

⁶⁶ Si leggano in merito le considerazioni critiche di Addis F., *Diritto comunitario e "riconcettualizzazione" del diritto dei contratti: accordo e consenso*, in *Obbl. contr.*, 2009, 1, p. 8 e ss. che rimprovera la mancata creazione di nuove tecniche procedimentali al legislatore comunitario, sebbene probabilmente ispirato dalla necessità di privilegiare l'adattamento delle regole tradizionali di conclusione del contratto all'ambito specifico della contrattazione via internet. Sul punto, si v. inoltre, Benedetti A. M., *Autonomia privata procedimentale e formazione del contratto virtuale: annotazioni sull'art. 13 del D.lgs. 70/2003*, in *Dir. Int.*, 2006, p. 78-81.

⁶⁷ La nozione di supporto durevole – analiticamente descritta alla lett. t), art. 2 CESL, dedicato alle definizioni – è stata oggetto di una recente interessante pronuncia della Corte di Giustizia, che ha investito proprio il settore degli obblighi informativi, nella contrattazione *online*, per il caso in cui una parte delle informazioni siano messe a disposizione da parte del professionista esclusivamente mediante un collegamento mostrato all'atto della stipula di un contratto, imponendo all'utente di contrassegnarlo come letto. Sebbene infatti si tratti di dati agevolmente accessibili, si è posto il problema della loro modificabilità unilaterale da parte del professionista, poi non sempre riprodotta nel testo contrattuale, e pertanto non posta su un supporto duraturo, poiché si è giudicato che il sito *web*, per sua intrinseca natura sia incompatibile con la definitività dell'informazione, C. Giust. UE, 5.7.2012, causa C-49/11, *Content Services Ltd*, in *Obbl. contr.*, 2012, 12, 872, con nota di Pagliantini S., *Neoformalismo e trasparenza secondo il canone della Corte di Giustizia: i casi Content services e Ebookers.com alla luce della dir. 2011/83/UE*.

⁶⁸ Una simile impostazione è ben più chiara nell'impianto della citata direttiva sul commercio elettronico, in cui è utilizzata la locuzione "accusare ricevuta dell'ordine", mentre nella CESL sembra relegata nell'ambito del co. 4 dell'art. 24, che non chiarisce in quale momento il destinatario dell'offerta abbia diritto ad ottenere le informazioni prescritte.

⁶⁹ Si vedano, in merito, le considerazioni di Memmo D., *Il consenso contrattuale – Le nuove tecniche di contrattazione*, Padova, 2007, p.55. È probabile, tuttavia, che tale lacuna venga colmata laddove sia accolta l'integrazione proposta in sede di emendamento CESL, ad integrazione dell'art. 24: "Tale avviso riporta il contenuto della proposta o dell'accettazione [v. Emend. N. 89, Progetto di Relazione, sulla Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo a un diritto comune europeo della vendita (COM(2011)0635 – C7-0329/2011 – 2011/0284(COD), presentato il 18 febbraio 2013].

Utile sarebbe stato, pertanto, apprestare una forma di coordinamento con la disciplina specificamente volta alla conclusione del contratto (di cui al Capo III), ove invece potrebbero sorgere dubbi interpretativi in merito all'esatto momento nel quale ordine e ricevuta si considerano pervenuti⁷⁰.

Gli spunti più significativi in materia sono tuttavia contenuti al successivo art. 25, di chiusura della modalità di contrattazione elettronica, mediante il riferimento "ad ulteriori obblighi" rivolti esclusivamente alla figura del consumatore (parr. 1 e 2), nonché di portata generale e dunque anche a contraenti professionisti (par. 3).

La scarsa chiarezza, in ordine alle ipotesi in cui l'acquisizione mediante internet di determinati servizi comporti pagamento di un corrispettivo, hanno indotto le istituzioni europee, tanto in sede di redazione della dir. 2011/83/UE, quanto nella CESL, ad enfatizzare la portata degli obblighi informativi nello specifico ambito delle contrattazioni a distanza per via telematica, che implicino l'obbligo di un pagamento⁷¹.

Un primo ordine di doveri è di natura squisitamente informativa e ribadisce invero quanto già ampiamente specificato nella sez. 1 (All I CESL), con riguardo ad una serie di analitiche informazioni dovute prima della conclusione del contratto, (quali le caratteristiche principali dei beni o servizi connessi, prezzo, spese aggiuntive, durata del contratto, condizioni di tacito rinnovo o risoluzione, ecc.), circoscrivendoli tuttavia tanto da un punto di vista quantitativo, quanto temporale.

Sotto il primo profilo, nella consapevolezza della menzionata difficoltà del consumatore di elaborare una mole eccessiva di informazioni, la norma opera una selezione di quelle reputate più significative, non limitandosi ad un generico richiamo a tutto l'apparato informativo tipico dei contratti a distanza;⁷² per altro verso, lo stesso riferimento alla modalità di comunicazione delle informazioni (in modo chiaro ed "evidente") sembra correlata alle peculiarità dello strumento informatico, ove molto frequente è la (spesso persino dolosa) commistione fra informazioni meramente pubblicitarie e dati invece essenziali per la corretta formazione della volontà del contraente.

Per quanto attiene, invece, alla dimensione temporale, sembra che la norma contenga un elemento di specificazione ulteriore rispetto alla generica regola espressa

⁷⁰ Come invece evincibile all'art. 11, co. 1, dir. 2000/31/CE, ove esso è individuato dal momento nel quale le parti hanno la possibilità di accedervi.

⁷¹ La formulazione contenuta all'art. 8 della citata direttiva è quasi sovrapponibile, benché si riscontri qualche lieve differenza nell'esposizione del precetto. (*"il professionista garantisce che, al momento di inoltrare l'ordine, il consumatore riconosca espressamente che l'ordine implica l'obbligo di pagare"*...). Deve tuttavia notarsi che, nonostante l'intento di armonizzazione massima ampiamente ribadito in sede di redazione della direttiva, sia fatta salva per gli Stati membri la possibilità di imporre ulteriori obblighi informativi conformemente alla direttiva dir. 2000/31/CE, nonché alla cd. dir. servizi, 2006/123/CE, tuttora vigenti.

⁷² Ci si riferisce meramente alle informazioni contenute agli artt. 13, par. 1, lett. a), 14, par. 1 e 2, e 16, lett. b).

per i contratti a distanza (*in primis* dall'art. 13 All I CESL), allorché dichiara che la comunicazione delle informazioni in parola debba avvenire in un momento "immediatamente" precedente rispetto alla conclusione del contratto. Nell'assai ristretto orizzonte temporale caratteristico degli acquisti *on-line*, il legislatore della Proposta pone l'accento sulla necessità che un nucleo essenziale di informazioni sia fruibile, senza alcuna forma di rinvio, giustappunto quando il consumatore si accinge ad inoltrare l'ordine di pagamento⁷³.

L'aspetto di maggiore interesse ed innovatività nell'economia del discorso è, tuttavia, affrontato al par. 2, ove si prevede un meccanismo informativo per il consumatore, in merito alla circostanza che l'ordine implichi un obbligo di pagamento, e contestualmente sanzionatorio per il professionista che non rispetti le relative prescrizioni applicative, così accogliendo la cd. *Button Losung* (o *Button solution*) di matrice tedesca, avverso l'uso di "trappole", assai diffuse nella prassi delle negoziazioni per via telematica (cd. *internet cost traps*)⁷⁴.

Al fine, infatti, di ovviare ad una serie di condotte ingannevoli e sovente aggressive, perpetrate mediante l'offerta di prodotti o servizi in forma soltanto apparentemente gratuita, ma in realtà celante forme occulte di pagamento, ovvero effettivamente gratuita, ma connessa inscindibilmente a prestazioni accessorie a titolo oneroso, le istituzioni europee hanno posto a carico del *trader* l'obbligo di predisporre, nel meccanismo di funzionamento del pulsante o funzione analoga finalizzata all'inoltro dell'ordine, una formula che inequivocabilmente evidenzia al consumatore l'obbligo di pagamento⁷⁵.

⁷³ Si pensi al ruolo assolto anche dalla collocazione spaziale delle informazioni in discorso, che dovrebbero essere poste nelle immediate vicinanze del pulsante di pagamento ed essere, dunque, contemporaneamente visibili nella pagina *web*, senza che sia necessario effettuare uno *scroll* ovvero accedere ad un ulteriore *link*. Parrebbe pertanto assistersi ad una sorta di duplicazione di obblighi informativi, per i soli contratti a titolo oneroso, da somministrarsi a cura del professionista, genericamente "prima" della formazione del vincolo (più estesi) e poi "immediatamente prima" dell'inoltro dell'ordine (più circoscritti). L'espressione "immediatamente" in questa sede utilizzata si discosta da quella presente nella direttiva ("direttamente"), ma non pare determinare particolari differenze di significato.

⁷⁴ Lehmann M., *E-Commerce in der EU und die neue Richtlinie über die Rechte der Verbraucher*, in *Computer und Recht*, 2012, 261. La stessa casistica giurisprudenziale ha evidenziato la frequenza con la quale, negli acquisti conclusi per via elettronica, il *trader* ponga servizi supplementari a pagamento con modalità di sottoscrizione automatica (cd. *opt out*), per il cui rifiuto da parte dell'utente sia necessaria una specifica operazione di "spunta" della relativa casella. Siffatta modalità contenente "opzioni prestabilite" (tipica ad es. delle contrattazioni con compagnie aeree), è esattamente contraria alla regola del consenso espresso (esplicitata anche all'23, par. 1, Reg. CE 1008/2008) e si qualifica come pratica ingannevole vietata ora espressamente anche ai sensi dell'art. 22, Dir. 2011/83/UE, pagamenti supplementari. Sul punto si legga da ultimo, C. Giust. UE, 19 luglio 2012, causa C-112/11, *Ebookers.com Deutschland GmbH*, in *Obbl. contr.*, 2012, cit. 872.

⁷⁵ Anche nel panorama nazionale, la persistenza di siffatti comportamenti, spesso accompagnati da ulteriori elementi di ingannevolezza (es. l'uso di locuzioni quali "registrazione" o "iscrizione") sono stati rilevati

La peculiarità della disposizione in analisi, rispetto alla maggioranza degli altri obblighi di natura informativa precontrattuale, attiene alle conseguenze rispetto al mancato adempimento del suddetto obbligo, le quali, piuttosto che risolversi nella consueta e talora poco efficiente prospettiva risarcitoria, incidono direttamente sulla formazione dell'accordo, sancendo che il consumatore non resterà "vincolato dal contratto o dall'ordine"⁷⁶.

Una disposizione che non lascia spazio al recupero della proposta, da parte del professionista, ossia ad un eventuale adempimento successivo degli obblighi in parola, ma che mira propriamente ad indurre il medesimo a strutturare a monte la procedura informatica in modo che risponda ai caratteri di trasparenza ed inequivocità richiesti, con ciò corroborando la menzionata centralità delle fasi tecniche che conducono al perfezionamento del contratto.

A tal riguardo pare altresì utile il raffronto con una regola, soltanto apparentemente analoga, riscontrabile in materia di contratti a distanza, conclusi per telefono, ove la norma contenuta all'art. 19, par. 4, assoggetta la validità stessa del negozio alla circostanza che il consumatore abbia firmato la proposta o inviato il proprio consenso scritto⁷⁷.

Qui – date per scontate tutte le considerazioni che accompagnano la disciplina di queste particolari fattispecie contrattuali, caratterizzate da una più ridotta capacità cognitiva del consumatore, nonché da possibili subdole forme di pressione o induzione all'acquisto – si prospetta la possibilità che il contratto non produca alcun effetto, soltanto allorché il consumatore non manifesti validamente (per iscritto) il proprio consenso, ma tale onere possa essere materialmente soddisfatto in un momento successivo.

Di contro, la regola dettata per le transazioni con mezzi elettronici non lascia spazio a successive formule sananti rispetto all'inadempimento di questo precipuo obbligo informativo, quandanche si versi nell'ipotesi di mero "ordine" da parte del

dall'Autorità antitrust e fatti oggetto di specifiche sanzioni, si v. da ultimo il caso *Estesa Limited* (Procedimento PS7444 – prov. n. 22709 del 2011, pubblicato sul Boll. dell'AGCM n. 32 del 2011). Il caso citato rappresenta soltanto un esempio della pratica assai frequente di richiedere una serie di dati personali all'utente, al fine di consentire la registrazione sull'*online shop*, celando tuttavia l'automatismo dell'inoltro dell'ordine dietro l'azionamento del medesimo pulsante di invio delle informazioni.

⁷⁶ La frammentazione dei rimedi, paventata da una parte della dottrina tedesca, avverso la violazione degli obblighi informativi dovrebbe cedere il passo ad esigenze di effettività della tutela, Kredig A., Uffmann K., *Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr – Verbesserung der Rechtslage durch die Buttonlösung des § 312 e II BGB RefE?*, in *Zeitschrift für Rechtspolitik* (ZRP), 2011, Heft 2, 36-40. Devono infatti anche considerarsi fattori dissuasivi a sfavore del consumatore rispetto alla richiesta del risarcimento, quali ad es. la modestia degli importi ingannevolmente richiesti, o persino la mancanza stessa, di consapevolezza, da parte del consumatore, di potersi opporre alla richiesta di pagamenti per prestazioni inizialmente prospettate come gratuite.

⁷⁷ Con riguardo alla conferma scritta, ci si interroga sulla sua funzione di forma cd. informativa, PASA B., *La forma informativa nel diritto contrattuale europeo – Verso una nozione procedurale di contratto*, Jovene, Napoli, 2008.

consumatore e solo di contratto definitivamente concluso, con ciò fuggendo qualsiasi dubbio in merito alle svariate formule di incontro fra proposta e accettazione⁷⁸.

La centralità di tali modalità di perfezionamento dell'accordo ed i relativi rischi e distorsioni sono del resto ben noti ai legislatori nazionali, ed *in primis* a quello tedesco, che non casualmente ha con estrema rapidità provveduto a recepire le analoghe sollecitazioni provenienti dal diritto derivato europeo, operando, per quel che qui strettamente pertiene, una riformulazione del § 312 lett. g del BGB (*Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr*), dedicato ai numerosi obblighi in capo al professionista nell'*e-commerce*⁷⁹. La formula legislativa utilizzata in particolare al par. 4, si appalesa significativamente nel senso di assoggettare lo stesso venire in essere del vincolo negoziale agli adempimenti suddetti (*kommt nur zustande, wenn*), con ciò utilizzando un'espressione ancora più incisiva di quella presente nella direttiva e nella CESL⁸⁰.

Non desta, infine, particolari dubbi interpretativi la regola imposta al par. 3 dell'art. 25, (anch'essa peraltro in linea con l'art. 8, co. 3 della direttiva), se non ancora una volta per la collocazione non particolarmente appropriata. Essa, infatti, contiene un ulteriore obbligo *ex lege* a carico del professionista e destinato a qualunque utente intenda approcciarsi alla conclusione di un contratto mediante il relativo sito di commercio elettronico, sul quale devono essere chiaramente indicati i mezzi di pagamento accettati ed eventuali restrizioni alla consegna.

In questo caso, il momento temporale dell'adempimento dell'obbligo informativo è lievemente posticipato, rispetto all'ipotesi contemplata al par. precedente, ma pare anticipato in confronto alla generalità degli altri obblighi, ponendosi "almeno all'inizio del procedimento di ordinazione" e non, dunque, soltanto prima della conclusione⁸¹.

⁷⁸ Già con riferimento all'equivalente formula rinvenibile nel *Feasibility study*, parte della dottrina ha, tuttavia, sollevato perplessità in merito all'ipotetica incertezza che si verrebbe a creare circa la durata di questa non vincolatività, si v. in merito, Beale H., Howells G., *Pre-contractual Duties in the Optional Instrument*, in *Towards a European Contract Law*, ed. Reiner Schulze and Jules Stuyck, pp.49-64.

⁷⁹ La modifica è stata operata con *Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes* del 10.05.2012.

⁸⁰ Si v. il § 312 lett. g. (4) "*Ein Vertrag nach Absatz 2 Satz 1 kommt nur zustande, wenn der Unternehmer seine Pflicht aus Absatz 3 erfüllt*". In dottrina, Leier, B., *Die Buttonlösung gegen Kostenfallen im Internet, Entstehungsgeschichte und Ausgestaltung des neuen § 312g BGB*, in *Computer und Recht*, 2012, 378-384. Per un interessante commento, anche in ordine alla prospettazione delle conseguenze di una condotta contraria ai precetti indicati, si v. Lehmann M., De Franceschi A., *Il commercio elettronico nell'Unione europea e la nuova direttiva sui diritti dei consumatori*, in *Rass. dir. civ.*, 2012, 419 e ss., ove si ipotizza anche l'interazione della norma con quelle attinenti alle cdd. forniture non richieste, nonché alla disciplina delle pratiche commerciali scorrette.

⁸¹ Può immaginarsi che un utente non dotato degli specifici mezzi di pagamento accettati non abbia neanche interesse ad intraprendere la procedura in discorso (si pensi all'accettazione di sole carte di credito, e non di bancomat o strumenti equivalenti; ovvero ancora della necessità di avere un account *paypal*, ecc.), ma po-

È, tuttavia, in merito utile rilevare la mancanza, nella disciplina in discorso, quanto nella Dir. consumatori, di specifica attenzione verso i contratti “gratuiti” a contenuto digitale. Nell’ambito della contrattazione elettronica infatti, più che in altri settori, dietro l’apparente gratuità dell’offerta via internet di beni o servizi, si cela la richiesta di forme di pagamento diverse dalla moneta, ma pur sempre suscettibili di valutazione economica, quali *in primis* la cessione di dati personali, che saranno poi, verosimilmente, utilizzati per operazioni di *marketing* ovvero persino commercializzati⁸².

Ci si pone pertanto il problema circa l’opportunità di assoggettare queste ipotesi ai medesimi canoni previsti per le prestazioni a titolo oneroso, anche al fine di evitare che possano costituire terreno fertile per l’apposizione di particolari limitazioni di responsabilità da parte del professionista⁸³.

5. Garanzia di correttezza delle informazioni e buona fede

Diversamente da quanto avvenuto in ordine al mancato inserimento di una norma espressamente dedicata alla buona fede nelle trattative (su cui ci soffermerà a breve), sembra che nel modello CESL si sia inteso porre l’accento sulla correttezza e non ingannevolezza delle informazioni, al fine di scongiurare il rischio di un flusso informativo formalmente cospicuo e rispondente alle prescrizioni legislative, ma non adeguato, nella sostanza, alla corretta formazione del consenso⁸⁴.

Anche da un punto di vista redazionale, mentre, infatti, altre caratteristiche dell’informazione e, segnatamente, chiarezza, comprensibilità e tempestività della sua comunicazione sono inglobate nelle norme dedicate alle varie modalità di contrattazione, gli attributi della correttezza e non ingannevolezza sono oggetto di una

trebbe decidere di adeguarsi, procurandosi, in un momento successivo, il mezzo richiesto. Una logica simile, potrebbe presiedere all’idea di “restrizioni alla consegna” – da non confondersi con spese aggiuntive non specificate, che ricevono altro trattamento – ove l’intento legislativo, pare essere quello di allertare l’utente, in modo che possa adeguarsi alle modalità di consegna indicate.

⁸² Ulteriore esempio è rappresentato dalla circostanza di “forzare” il consumatore a visionare messaggi pubblicitari prima di accedere ad un contenuto digitale promosso come gratuito; altresì problematica è l’offerta di prodotti gratuiti in versione standard, ai quali si abbina l’offerta di caratteristiche addizionali a pagamento

⁸³ M. Loos, N. Helberger, L. Guibault & C. Mak, *The Regulation of Digital Content Contracts in the Optional Instrument of Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2011, 6, pp. 729–758.

⁸⁴ In particolar modo, nei casi in cui manchi una vera e propria trattativa, è evidente, infatti, che il consumatore basi il proprio convincimento, più che sull’attenta lettura del regolamento contrattuale, sulle informazioni fornite, anche oralmente dal professionista, in una o più occasioni di contatto e non abbia l’abilità di operare un confronto fra le stesse e quelle (corrette e veritiere) fornite con supporto scritto. In dottrina, con specifico riguardo alla contrattazione *on line*, si afferma che ogni contatto tra consumatore e professionista possa rivelarsi risolutivo per la definizione del consenso e debba pertanto, essere presidiato da un adeguato apparato di regole informative, Rende F., *Nuove tecniche di condizionamento delle scelte di consumo e rimedi conformativi del regolamento contrattuale*, in *Contr.*, 2012, 735.

considerazione a sé stante, peraltro non limitata alle sole prescrizioni informative inderogabilmente illustrate, bensì a tutte le informazioni che la parte abbia comunicato prima o al momento della conclusione del contratto (anche in base “ad altre circostanze”)⁸⁵.

E ciò si deve probabilmente alla progressiva esperienza, maturata in ambito europeo, e convogliata nella ben nota direttiva 2005/29/CE, ove sono state delineate con dovizie di particolari le numerose sfaccettature di quelle condotte, riassumibili in cdd. pratiche commerciali sleali, frutto di informazioni non corrette ed ingannevoli, ivi comprese le relative omissioni⁸⁶.

Non è tuttavia chiara la finalità dell'utilizzo di un'espressione, quale è “*take reasonable care*” (peraltro tradotta nella versione italiana con il più familiare concetto di “adeguatezza” e non di ragionevolezza⁸⁷), se non presumendosi che miri ad includere un meccanismo di limitazione di siffatto dovere a ciò che sia ragionevole attendersi, sulla base di una serie di indici di non semplice applicazione, quali quelli descritti all'art. 5⁸⁸.

Contro ogni “ragionevole” previsione, tuttavia, ai fini della valutazione *de qua*, non è stato esplicitamente previsto un meccanismo di inversione dell'onere della

⁸⁵ Nell'ambito del DCFR, invece anche i requisiti della chiarezza e della forma con la quale l'informazione deve essere comunicata sono oggetto di una apposita disposizione, s. veda l'art II. – 3:106 (*Clarity and form of information*).

⁸⁶ Nei diversi ordinamenti europei sono state in merito adottate soluzioni assai differenziate, sia con riguardo all'esistenza stessa di un dovere di correttezza dell'informazione, sia in ordine alla sua estensione e rilevanza ai fini della conclusione del contratto, sia con riguardo all'onere della prova.

⁸⁷ Ragioni di sintesi non consentono di riferire puntualmente circa la crescente rilevanza assunta dal criterio di adeguatezza; si pensi alle diverse branche del diritto societario, dell'organizzazione dell'impresa, ecc., ma di rilevare la centralità della nozione con specifico riferimento agli obblighi informativi a carico degli intermediari finanziari, con riguardo al credito al consumo, ecc., per effetto delle recenti novità normative e della relativa applicazione giurisprudenziale. In proposito, si v., a titolo esemplificativo, M. Prestipino, *Obblighi precontrattuali del finanziatore: adeguatezza dell'informazione e adeguatezza del «prodotto» nella nuova disciplina del credito ai consumatori*, in *Nuove leggi civ.*, 2012, 385, V. Sangiovanni, *Informazione, adeguatezza e rimedi nelle operazioni di investimento* (Nota a T. Roma, 17 maggio 2012, P. C. c. Banca C.), in *Obbl. e contr.*, 2012, 759. La traduzione italiana della locuzione in parola, anche se distante da quella originaria (*reasonable care*) contiene un implicito riferimento al parametro della diligenza nell'adempimento dell'obbligo informativo, in ragione dello *status* professionale di chi fornisce l'informazione.

⁸⁸ Per comodità si riporta il testo dell'art. 5, All.I, CESL, nel quale, in verità, non si fornisce una vera e propria nozione di ragionevolezza, ma se ne descrivono le modalità di accertamento: “*La ragionevolezza deve essere accertata obiettivamente, tenendo conto della natura e dello scopo del contratto, delle circostanze della fattispecie, degli usi e delle pratiche vigenti nelle attività commerciali o professionali di cui trattasi. Qualunque riferimento a ciò che si può pretendere da un determinato soggetto, a ciò che un determinato soggetto può pretendere e a ciò che si può presumere in una determinata situazione s'intende fatto a quanto è ragionevolmente pretendibile o presumibile.*” Sulla nozione e ruolo del principio di ragionevolezza, si rinvia, *ex multis*, fra i contributi più recenti, a Navarretta E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, in *Eur. e dir. priv.*, 2012, 04, p. 953 e ss; Patti S., *La ragionevolezza nel diritto civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2012, p. 1e ss.; Troiano S., *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*, Padova, 2005.

prova, che consenta di addossare a colui che ha fornito l'informazione e non alla parte che vi abbia fatto affidamento, l'onere di verificare l'esattezza e non ingannevolezza dell'informazione. Una chiara definizione di tali ultimi parametri non è del resto desumibile in alcun'altra sezione del documento, con ciò sollevando non pochi dubbi interpretativi, anche in ordine all'intreccio con la disciplina dei vizi del consenso⁸⁹.

È qui possibile ipotizzare che il rimedio risarcitorio, richiamato al successivo art. 29, (oltre che non incompatibile con l'annullamento) sia anche deputato a coprire le zone franche, nelle quali, non ravvisandosi gli estremi dell'errore o dolo, non possa essere fatta valere l'invalidità del contratto⁹⁰. La regola di cui all'art. 28 sembra inoltre, porre un parametro valutativo di diligenza del soggetto che eroga l'informazione, affinché questi si assicuri *adeguatamente* della qualità di quanto si accinge a trasmettere, così proteggendo il ragionevole affidamento della controparte e con ciò enfatizzando, sul fronte prettamente qualitativo, il contenuto dell'informazione stessa. La circostanza invece dell'omissione *tout court* dell'obbligo informativo, tanto più se effetto di una dolosa reticenza, comporterà un suo inquadramento nella sfera dei vizi della volontà. Permangono, tuttavia, coni d'ombra nei quali il riemergere del principio di buona fede (*ex artt. 48, 1, b, iii*), nonché 49, 1 All I CESL) potrebbe condurre ad un non semplice inquadramento nell'una o nell'altra ipotesi e nel conseguente rimedio da applicare.

Devono, di contro, osservarsi due dati non secondari: il primo, di ordine soggettivo, allorché, anche rispetto al referente più vicino rappresentato dal DCFR, nella CESL si sia inteso delineare una fattispecie più ampia, rivolta anche alla controparte professionale, rispetto alla quale, permane soltanto la possibilità di deroga pattizia della regola (deducibile *a contrario* dalla lettura dell'art. 28, par. 3); il secondo, ancora più rilevante, connesso alla modalità in cui l'informazione è fornita.

Non sfugge infatti che, a fronte di una congerie di informazioni obbligatoriamente imposte e minuziosamente descritte, soprattutto con riguardo ai rapporti con il consumatore, in questa sede si faccia altresì riferimento ad informazioni fornite

⁸⁹ Sotto questo precipuo angolo visuale, sono gli stessi artt. 48 e 49 CESL a stabilire un punto di contatto fra le due discipline, nella misura in cui consentono di assoggettare ad annullamento il contratto viziato da errore o dolo per effetto dell'omissione dell'adempimento degli obblighi precontrattuali di informazione.

⁹⁰ Differente è l'ipotesi contemplata all'art. 55 CESL che invece mira a garantire la possibilità di risarcimento, a fronte di un danno subito per effetto di errore, dolo, minacce, iniquo sfruttamento, ed indipendentemente dall'annullamento del contratto. Il rimedio pertanto opererà, tanto a fronte dell'annullamento del contratto, tanto allorché quest'ultimo non sia più possibile (per intervenuto decorso dei termini o per convalida), purché l'altra parte conoscesse o dovesse ragionevolmente conoscere le circostanze rilevanti. Per la quantificazione, il legislatore CESL non ha ritenuto di fornire in questa sede espliciti parametri (alla stessa stregua di quanto si riscontra, ad esempio, nei citati PECL, v. in particolare l'art. 4:117), con ciò rinviando alle regole generali.

“in base ad altre circostanze”, con un inciso che consente di inglobare anche quelle informazioni che siano state rese volontariamente dalla parte e che successivamente si rivelino non corrette o persino ingannevoli, purché, come detto, l'altro contraente vi abbia fatto ragionevole affidamento.

In tal senso, si osserva che la norma si riferisce espressamente alle sole informazioni rese prima o al momento della conclusione del contratto, con ciò escludendo quelle di natura post-contrattuale, ma una sua lettura combinata con l'art. 69, conduce ad ulteriori significativi spunti di riflessione. Dal raffronto con il tenore delle cdd. “clausole contrattuali desunte da dichiarazioni precontrattuali” (disciplinate all'art. 69, all'interno della sezione dedicata a contenuto ed effetti), colpisce che in questa ipotesi, il criterio della ragionevolezza sia utilizzato *a contrario*, per escluderne la natura di clausola contrattuale, addossando dunque all'altra parte il relativo onere circa la conoscibilità della natura “non corretta” o “non affidabile” della dichiarazione resa dal professionista.

Ben più rassicurante è invece l'enfasi che scaturisce con riguardo alla fase prodromica rispetto alla conclusione del contratto⁹¹, per effetto, della crescente consapevolezza, da parte del legislatore europeo, circa il forte potere esercitato dall'azione pubblicitaria e di *marketing*, nell'influenzare le scelte della controparte: allorché si presentino caratteristiche contrattuali di una proposta commerciale, poi non replicate nel testo del contratto⁹², nonché in riferimento agli ulteriori soggetti della “catena” di cui si compone la serie di transazioni commerciali culminante nella conclusione di un contratto, i quali, pur non identificandosi con il professionista proponente, sono a costui assimilati, in un'ottica protettiva dell'acquirente ed in particolare del consumatore⁹³.

Da questo punto di vista sembra più generico (quando non carente) l'art. 28, nel riferirsi alla parte, senza esplicitarne eventuali propaggini.

In ogni caso, premesso il generale obbligo su di essa incombente di fornire un'informazione, il modello CESL, prevede di assoggettare un suo eventuale inadempimento alle medesime forme rimediali previste per tutti gli altri casi di inosservanza delle regole prescritte nella fase precontrattuale.

⁹¹ Esplicitata ai successivi co. 2 e 3 del medesimo art. 69, ove si estende il novero e la disciplina delle dichiarazioni precontrattuali anche a figure formalmente diverse dal professionista che abbia reso la dichiarazione.

⁹² Si vedano in merito le osservazioni di Cafaggi F., *From a Status to a Transaction-Based Approach? Institutional Design in European Contract Law*, in *CMLR*, Oct. 2012, che sottolinea l'assottigliarsi dei confini fra fase precontrattuale e contrattuale e la propensione, nell'impianto europeo, ad una trasformazione del fondamento del consenso dalla volontà all'affidamento.

⁹³ Non sembra, pertanto, casuale che il legislatore abbia inteso riferirsi non soltanto ai soggetti “incaricati” dal professionista per l'opera di pubblicizzazione o commercializzazione, ma, con specifico riferimento a dichiarazioni rivolte al consumatore, abbia anche annoverato le dichiarazioni pubbliche rese da o per conto di produttori o altri soggetti (art. 69 co. 2 e 3).

6. Rimedi avverso la violazione degli obblighi precontrattuali di informazione

Il modello CESL è, come visto, caratterizzato dall'intento di non rinviare a fonti eteronome, ma di dettare una disciplina tendenzialmente esaustiva, in ordine alle conseguenze giuridiche della violazione degli obblighi in parola. Tale approccio si appalesa aderente a molti dei citati modelli europei (*in primis* al DCFR), ma in netta contrapposizione a quello tipicamente riscontrabile nell'ambito delle direttive comunitarie, ivi compresa la menzionata dir. 2011/83/UE, ove traspare la tendenza a non prendere posizione sulle sanzioni applicabili, in caso di violazione delle norme negli stessi contenute, limitandosi a rinviare l'arduo compito agli Stati membri, e prescrivendo esclusivamente i caratteri dell'effettività, proporzionalità e dissuasività delle misure da adottare.

Nella CESL, invece, l'apparato rimediale in discorso è completato da una norma di chiusura (art. 29 CESL) che racchiude, in forma assai sintetica, precetti eterogenei e meccanismi attivabili esclusivamente laddove il contratto risulti effettivamente concluso⁹⁴.

A margine del rimedio risarcitorio, su cui ci si soffermerà a breve, la consapevolezza del legislatore europeo in merito alla centralità delle prescrizioni informative, emerge *in primis* dall'apposizione di meccanismi di carattere preventivo, in grado cioè di incidere sulla formazione stessa del vincolo.

Come notato, infatti, allorché il consumatore versi in particolari situazioni di insidiosità, (quali quelle riscontrabili nei contratti a distanza conclusi per telefono ed in quelli conclusi con mezzi elettronici con relativo obbligo di effettuare un pagamento), la relativa protezione è garantita dall'imposizione a carico del professionista di doveri ulteriori, tali da garantire la prestazione di un consenso quanto più possibile consapevole, donde le regole dell'invalidità del contratto non firmato o il cui consenso non risulti da atto scritto, (art. 19, par. 4) per i primi e, per i secondi, la non vincolatività dell'ordine trasmesso per via elettronica (art. 25, par. 2).

Per altro verso, si è evidenziato un esplicito richiamo all'apparato rimediale per quelle ipotesi in cui, l'affidamento della controparte, piuttosto che dalla mancanza dell'informazione, sia stato leso per effetto della sua inesattezza o ingannevolezza⁹⁵.

⁹⁴ Il dato è ricavabile dall'inciso contenuto all'art. 11 Reg. che ribadisce l'autoreferenzialità del diritto comune europeo della vendita. È fatta salva soltanto l'applicazione degli obblighi informativi scaturenti dalle disposizioni nazionali di attuazione della citata direttiva servizi 2006/123/CE. Deve tuttavia notarsi la mancanza di un'espressa disposizione, pur inserita nel *Feasibility Study* e peraltro nota alla maggioranza delle legislazioni nazionali, anche per effetto del recepimento della direttiva 2005/29/CE, attinente alle forniture non richieste, e che dunque protegga i consumatori dall'essere soggetti ad obbligazioni, provenienti da forniture non sollecitate. Molto chiaramente, in merito art. 39 (FS): "*Unsolicited goods or services: (1) Where a business supplies unsolicited goods or unsolicited services to a consumer no contract arises from the consumer's failure to respond or from any other action or inaction by the consumer in relation to the goods or services, and the consumer is exempted from any other liability to pay. (2) The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects.*"

⁹⁵ All'affermazione del diritto in tal senso inserita all'art. 28, fa da *pendant* il richiamo contenuto alla Nota informativa standard, su cui v. par. successivo.

L'intento protettivo, tuttavia, è ben più vasto e si estende, con differenti conseguenze giuridiche, alle ulteriori fattispecie nelle quali la volontà contrattuale non si sia correttamente formata proprio per effetto della mancanza di dati che dovevano essere oggetto di un obbligo di disvelamento.

Il caso meno problematico è certamente rappresentato dalla violazione di obblighi informativi relativi a spese aggiuntive (ex art. 14) o costi per la restituzione dei beni (ex art. 17 par. 1), eventualmente previsti in caso di recesso del consumatore (art. 29, 2)⁹⁶. Onde evitare il perpetrarsi, nella prassi, di condotte scorrette da parte del professionista, il legislatore dedica specifico spazio alle svariate voci di spesa o costi che sovente si accompagnano alla compravendita di un bene nei contratti a distanza o conclusi fuori dai locali commerciali, e reputa, quale sanzione più diretta ed efficace, avverso la mancata informazione a riguardo, l'esonero, in favore del consumatore, dal pagamento di qualunque voce rientri in tale novero, del quale non sia stato debitamente posto a conoscenza.

Peraltro, seppur non espressamente richiamata all'art. 29, l'omissione delle informazioni in materia di recesso (e precisamente quelle di cui all'art. 17, par. 1 e 3) incide anche sui contenuti degli obblighi del consumatore recedente, consentendo a quest'ultimo di non sostenere alcun costo per la prestazione integrale o parziale durante il termine di recesso⁹⁷.

Il peculiare profilo del recesso è tuttavia fatto oggetto di una considerazione ben più ampia, nella misura in cui la specifica protezione, accordata avverso la mancata prestazione delle dovute informazioni (ex art. 17), determini la conseguenza del prolungamento del periodo entro il quale poter esercitare il relativo diritto (ai sensi dell'art. 42, 2)⁹⁸.

Diversamente dalle consuete ipotesi di esercizio del diritto di recesso, il cui termine di scadenza è strettamente correlato alla natura del bene, alla tipologia di contratto stipulato, all'eventuale periodicità delle consegne, ecc., (ex art. 41, 1), il

⁹⁶ Una previsione analoga è contenuta all'art. 6, co. 6 della Dir. 2011/83. Seppur in forma meno analitica, la previsione dell'obbligo informativo in merito a costi e spese aggiuntive ricalca un classico caso di omissione ingannevole, già prevista dalla dir. 2005/29/CE e recepita negli ordinamenti nazionali (per quello italiano si v. art. 22 cod. cons.), cui tuttavia era correlata la meno incisiva e generale tutela amministrativa e giurisdizionale prevista per le pratiche commerciali scorrette.

⁹⁷ Si v. a riguardo, l'art. 46, par. 6, lett. a). Quanto invece alla nozione di servizi connessi, si rinvia all'analitica definizione contenuta all'art. 2, lett. m).

⁹⁸ Art. 42, 2 CESL: "*Se il professionista non fornisce al consumatore le informazioni di cui all'articolo 17, paragrafo 1, il termine di recesso scade: (a) allo spirare di un anno dalla fine del termine di recesso iniziale determinato a norma del paragrafo 1; oppure (b) se il professionista fornisce al consumatore tali informazioni entro un anno dalla fine del termine di recesso determinato a norma del paragrafo 1, allo spirare di quattordici giorni dalla data in cui il consumatore riceve le informazioni*". Sul meccanismo di cumulabilità dei rimedi desumibile dall'art. 29, co. 3, ed il relativo nesso fra le strategie derivanti dal recesso e dalla responsabilità del professionista per omissione dei relativi obblighi informativi, si rinvia a Petti G., *Il recesso del consumatore nel progetto di un diritto comune europeo della vendita*, cit., 741.

significativo prolungamento del termine è strettamente connesso alla necessità che il consumatore consegua per tempo un'informazione chiara e comprensibile in ordine ad una serie di aspetti cruciali, espressamente individuati; ma la circostanza che si assista ad un così pregnante slittamento del periodo concesso ha una finalità evidentemente sanzionatoria a carico del professionista scorretto.

Tale funzione appare condivisa anche nelle corrispondenti previsioni della direttiva 2011/83/UE (art. 10, co. I), ove, si manifesta altresì la necessità di bilanciamento con l'esigenza di certezza del diritto, ossia di non lasciare aperto lo spazio per un prolungamento indefinito del diritto di recesso, in caso di mancata informazione⁹⁹.

La centralità di tale rimedio è dunque fatta espressamente salva, ai sensi dell'art. 29, par. 3, anche laddove il consumatore intenda avvalersi degli altri rimedi racchiusi nel medesimo articolo (ossia risarcimento del danno e mancato pagamento delle spese aggiuntive).

Sorte analoga è garantita in favore di quelle ipotesi di vizi del consenso (e segnatamente, errore, *ex art. 48* e dolo, *ex art. 49*) nelle quali la volontà della parte risulti inficiata dal mancato adempimento dei doveri di informazione, seppur con differente portata, nel senso che la parte può esperire il rimedio dell'annullamento in tutte le ipotesi enucleate dalle norme in parola, senza per questo rinunciare ad un eventuale risarcimento del danno che abbia sofferto a causa dell'annullamento del contratto e che sia correlato all'inadempimento, a carico della controparte, dei predetti doveri.

In tal senso, il complesso rapporto fra obblighi informativi precontrattuali e vizi del consenso, (per il quale deve rinviarsi ad adeguato approfondimento) sembra assumere nell'ottica dell'ordinamento europeo un ruolo sempre più spiccato. La salvaguardia della corretta formazione della volontà contrattuale passa propriamente attraverso un ventaglio amplissimo di informazioni (peraltro di natura inderogabile, se rivolte al consumatore) che, se adeguatamente conosciute, avrebbero indotto la parte a non stipulare il contratto o a stipularlo a condizioni diverse. Il modello CESL si spinge oltre, richiamandosi non soltanto a doveri imposti *ex lege*, ma anche a quel generale principio di buona fede e correttezza, che, a diverso titolo, nell'errore e nel dolo, si pone avverso condotte omissive o reticenti.

Anche qui si scorge la necessità di bilanciamento con l'opposta e lecita esigenza di non rivelazione di talune informazioni, osservandosi quanto il confine fra obbligo di *disclosure* e diritto a mantenere riservata l'informazione sia spesso sottilissimo,

⁹⁹ Tale aspetto è espressamente ricordato nel considerando n. 43 della direttiva, ove si prende atto di un problema, quello dell'estinzione del diritto di recesso, affrontato in più di un'occasione anche dalla Corte di Giustizia. Fra le svariate pronunce, si legga, Corte giust. CE, 13 dicembre 2001, C-481/99, in *Corr. giur.*, 2002, 865.

nonché dipendente da diverse tipologie di valutazioni (es. i costi che l'acquisizione dell'informazione comporta, in rapporto al vantaggio conseguito dall'altra parte)¹⁰⁰.

Accanto a meccanismi sanzionatori specifici, quali quelli richiamati ai par. 2 e 3, si colloca, ai sensi del par. 1, un rimedio di ordine generale a carico della parte che violi obblighi informativi, consistente nel risarcimento del danno¹⁰¹.

Il modello utilizza una formulazione particolarmente ampia, affermando che la parte risponde di "qualsiasi danno", il quale a sua volta, *ex art. 2, lett. c)*, può identificarsi in una perdita patrimoniale e non patrimoniale.

Diversamente dal *Feasibility study*, ove, pur mancando la dizione "any loss"¹⁰², l'espressione lasciava intendere più chiaramente che la violazione dell'obbligo informativo implicasse, oltre che il risarcimento dell'interesse negativo, anche di quelle perdite subite per effetto della conclusione di un contratto a condizioni diverse da quelle che si sarebbero accettate, in assenza della violazione stessa, nel modello CESL, la norma è più generica.

Ciò nondimeno, proprio l'utilizzo di una locuzione così ampia potrebbe intendersi nel senso che ogni danno, tanto se nella specie di danno emergente, quanto di perdita di *chance* e mancato guadagno, sia reso oggetto di un interesse contrattuale positivo, allorché il destinatario dell'informazione mancante, inesatta o ingannevole, vi abbia fatto ragionevole affidamento¹⁰³; mentre sembra fuori di dubbio, stante la definizione di danno contenuta al citato art. 2, che l'eventuale danno patrimoniale si riferisca esclusivamente "al dolore e alla sofferenza, escludendo così altre forme quali il deterioramento della qualità della vita e il suo mancato godimento"¹⁰⁴.

Più controversa è invece la natura giuridica della responsabilità che ne discende, se in termini di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, con significative differenze *in primis* sul regime della prevedibilità del danno. L'applicabilità della CESL

¹⁰⁰ In tale direzione l'art. 49, par. 3, sembra dettare una sorta di canovaccio interpretativo, per indicare alla parte, quando debba ritenersi obbligata a fornire l'informazione, in base a buona fede e correttezza, richiamando una serie di circostanze analoghe a quelle che caratterizzano i rapporti fra professionisti (*ex art. 23*), quali competenza dell'altra parte, natura dell'informazione, costo per procurarla, ecc.

¹⁰¹ Ancora una volta, sarà l'espressa dizione dell'ultimo par. della medesima disposizione a dichiarare l'inderogabilità, in favore del consumatore, delle diverse forme di tutela previste, con ciò prospettando un possibile vuoto di tutela, perlomeno sotto il profilo risarcitorio, a svantaggio del contraente professionista.

¹⁰² Nella norma peraltro è contenuto un riferimento agli art. 162, 163, 164 CESL che viene espunto nella versione della proposta.

¹⁰³ In questo senso si legga, Zorzi Galgano N., *Dal codice europeo dei contratti al Regolamento della vendita: la logica del sistema anche con riferimento alla protezione del consumatore*, in *Trenta giuristi europei sull'idea di codice europeo dei contratti*, cit., 239.

¹⁰⁴ Al riguardo si è osservato che ciò rappresenta una deviazione rispetto alla soluzione accolta nel DCFR, nonché in talune pronunce della Corte di Giustizia, fra le quali il caso *Leitner* (C. Giust. 12 marzo 2002, C-168-00, Racc. I-7357), v. *Common European Sales Law (CESL), a Commentary*, ed. by R. Schulze, Beck – Hart, 2012, comm. sub. Art. 29.

(ad oggi) circoscritta ai soli contratti già conclusi (secondo il disposto dell'art. 11), milita in favore di un suo inquadramento in termini di responsabilità contrattuale, ma è pur vero che il danno potrebbe essere cagionato, per effetto della carente o errata o ingannevole informazione, anche nell'ipotesi di mancata conclusione del contratto, secondo modalità tipiche della responsabilità precontrattuale, contemplate anche nell'ambito del citato Reg. Roma II (ex art. 12)¹⁰⁵. Non a caso, lo stesso modello DCFR (al co. 3 del citato II. – 3:109, *Remedies for breach of information duties*) opportunamente specifica che il rimedio si applica a prescindere dalla conclusione del contratto.

Ciò condurrebbe ad una duplicità di inquadramento, a fronte di una medesima condotta, lasciando spazio a non poche difficoltà interpretative¹⁰⁶.

L'assetto del sistema rimediario CESL è, inoltre, configurato in modo da garantire tutela avverso la violazione di specifici doveri informativi (ferma restando la disciplina peculiare dei vizi del consenso ad essa collegata e del recesso), ma non si spinge sino al punto di considerare la globalità della fase precontrattuale delle trattative¹⁰⁷.

La scelta del legislatore CESL è stata infatti quella di espungere dal tessuto normativo degli obblighi in discorso, il tassello che, nella nostra esperienza giuridica corrisponderebbe all'obbligo di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative, quale principale estrinsecazione della *culpa in contrahendo*, ex art. 1337 c.c.¹⁰⁸ Lo stesso riferimento alla nozione in parola, sebbene l'espressione sia rinveni-

¹⁰⁵ Si legga in proposito Castronovo C., *Vaga culpa in contrahendo: invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*, in *Eur. dir. priv.* 2010, 1.

¹⁰⁶ Tale soluzione non è tuttavia, necessariamente destinata a trovare accoglimento in fase di approvazione della proposta. Un significativo ampliamento è infatti contemplato fra gli emendamenti prospettati dal Parlamento europeo, ad integrazione dell'art. 11, volto a chiarire che la CESL debba governare i rapporti già in fase precontrattuale, dal momento in cui le parti vi fanno riferimento. Le recenti proposte di emendamento all'art. 11 e di introduzione dell'art. 11 *bis* sono volte rispettivamente ad espungere il riferimento ai contratti già conclusi, nonché a porre in particolare rilievo la necessità di osservanza degli obblighi di informativa precontrattuale, anche in caso di mero avvio di negoziati fra le parti ovvero di misure preparatorie (v. emend. nn. 73 e 74, Prog. ris. leg. Parlam. europeo del 26.02.14, P7_TA-PROV(2014)0159).

¹⁰⁷ Come accennato, invece, un esplicito richiamo alla *culpa in contrahendo* è a tutt'oggi presente nel cd. Reg. Roma II del 2007, ove l'art. 12, nel delineare i criteri di selezione della legge applicabile alle obbligazioni extracontrattuali, vi include espressamente quelle derivanti da trattative precontrattuali a prescindere dalla circostanza che il contratto sia stato concluso o meno.

¹⁰⁸ Il criterio di buona fede e correttezza è naturalmente ben presente in numerose disposizioni del progettato regolamento e definito (all'art. 2 CESL) quale standard di condotta caratterizzato da onestà, lealtà e considerazione degli interessi dell'altra parte della transazione o del rapporto in questione. Esso, nel contribuire all'interpretazione del contratto, dovrebbe mirare ad apportare un parametro assiologico, integrando regole di comportamento delle parti. Non casualmente, (all'art. 2, All. 1, CESL) si afferma che le parti siano tenute ad agire secondo buona fede e correttezza, sancendosi anche le conseguenze di un'eventuale violazione, costituite specificamente dalla preclusione all'esercizio di un diritto, nonché dall'eventuale responsabilità per qualsiasi danno da ciò scaturente.

bile in altre parti del modello¹⁰⁹ e l'ampia considerazione assegnata all'apparato informativo lasci intenderne la centralità, manca¹¹⁰.

Diversamente da quanto presente nella maggioranza delle elaborazioni di diritto contrattuale europeo, restano, pertanto, prive di una concreta qualificazione in termini di contrarietà a buona fede, le ipotesi di interruzione ingiustificata delle medesime, il comportamento della parte che, senza essere realmente intenzionata a portare avanti una negoziazione, la intraprenda o continui, nonché quanto enucleabile per via giurisprudenziale, per effetto dell'apposizione della clausola generale di buona fede in fase precontrattuale (si pensi al *venire contra factum proprium*, all'istituto dell'*estoppel*, ecc.)¹¹¹.

Siffatta scelta – frutto di un non semplice compromesso fra le impostazioni accolte nelle diverse esperienze continentali (si pensi *in primis* a quella tedesca, oltre che a quella domestica), in parziale contrapposizione ai risultati raggiunti nei Paesi anglosassoni¹¹² – rispecchia anche il timore, presente soprattutto in questi ultimi, di conferire eccessivo spazio valutativo al giudice, a detrimento della certezza del diritto¹¹³.

Emerge tuttavia, come ricordato, una sensibile differenza fra le due categorie di soggetti destinatari dell'informazione. L'analiticità dei contenuti, sottoforma di elencazione dei doveri informativi e delle conseguenti violazioni, è riservata al consumatore, nel tentativo (non necessariamente riuscito) di offrirvi maggior tutela; di contro, il parametro di condotta contrario a buona fede e correttezza (già richiamato genericamente fra i principi generali, ex art. 2 All. I CESL) riemerge con riguardo

¹⁰⁹ Nel corso dell'articolato, infatti, si ritrovano espressi riferimenti alle trattative precontrattuali: in particolare si prevede che nell'interpretazione del contratto si debba aver riguardo, tra l'altro, alle circostanze in cui è stato concluso, "*comprese le trattative*", (Art. 59, lett. a); se l'adempimento diventa eccessivamente oneroso a causa del mutamento straordinario di circostanze, le parti "*sono tenute ad avviare trattative intese a modificare o risolvere il contratto*", Art. 89 (1).

¹¹⁰ Un'esplicita disposizione riguardante la rottura ingiustificata delle stesse, non casualmente, è presente nello Studio di fattibilità che ha preceduto la pubblicazione della Proposta di Regolamento, a chiusura del novero degli obblighi comportamentali che ciascuna parte dovrebbe assicurare nella delicata fase delle trattative.

¹¹¹ Stando al mero panorama nazionale, è noto il controverso ampliamento delle fattispecie di responsabilità precontrattuale ad ipotesi di contratti validamente conclusi e nondimeno pregiudizievoli per la parte rimasta vittima di un comportamento scorretto, ove l'elemento discriminante è rappresentato semmai dall'entità del danno risarcibile, si v. Cass. civ., Sez. Unite, 19 dicembre 2007, n. 26725 in *Contr.*, 2008, 3, 221, con nota di Sangiovanni; in *Dir. Fall.*, 2008, 1, 1, con nota di Sartori; in *Resp. civ.*, 2008, 6, 525, con nota di Toschi Vespasiani.

¹¹² Una ricca analisi di tale complesso percorso è affrontata da Navarretta E., *Buona fede e ragionevolezza nel diritto contrattuale europeo*, cit., 953.

¹¹³ Il tema è naturalmente molto ampio e merita adeguato approfondimento. Si leggano, in proposito, le interessanti riflessioni di Giliker P., *Pre-contractual Good Faith and the Common European Sales Law: A Compromise Too Far?*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2013, 1, pp. 79–104. Si v., inoltre, l'articolata disamina critica di Cravetto C., Pasa B., *The non-sense of pre-contractual information duties in case of non-concluded contracts*, in *Europ. rev.priv. law*, 2011, 6, p. 762; Castronovo C., *Information Duties and Precontractual Good Faith*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, 2011, 17, vol. 4, pp. 559-571.

alla categoria professionale, secondo la formulazione lata, contenuta al citato art. 23 All. I CESL.

Da questo angolo visuale, possono essere condotte alcune osservazioni: la circostanza che, rispetto all'approccio di stampo neoformalistico di cui gode il consumatore, il diverso trattamento riservato alla controparte professionale sia legato alla supposta maggior capacità di quest'ultimo di rimuovere le asimmetrie informative, è tutt'altro che assoluta¹¹⁴. D'altro canto, la citata norma si limita a fornire dei parametri valutativi¹¹⁵, senza pretesa di esaustività, con ciò confermando, alla stessa stregua di quanto rappresentato nella disciplina dei vizi del consenso, (spec. artt. 48 e 49), che il ricorso ad un criterio più ampio – se opportunamente interpretato sul fronte giurisprudenziale – sia astrattamente idoneo a fornire una tutela di carattere sostanziale, piuttosto che di mera adesione ad un'elencazione di doveri.

Sotto il profilo strettamente applicativo, pertanto, la sfida lanciata dallo strumento *opt in* dovrebbe consistere – tanto sul fronte consumieristico, quanto nell'ambito delle transazioni commerciali con piccole e medie imprese – perlomeno nel non apprestare una tutela deteriore rispetto a quella garantita dai singoli ordinamenti nazionali.

7. Rapporto con la cd. Nota informativa standard

Una corretta analisi degli obblighi in discorso merita di essere condotta anche in rapporto alla cd. *Nota informativa standard*, contenuta all'All. II, CESL, nonché alla norma che ne dà specifica menzione (art. 9 CESL).

La Nota informativa in parola, rilasciata obbligatoriamente in favore dei soli consumatori, rappresenta *in primis* uno strumento finalizzato ad allertare questi ultimi, a riguardo della scelta di avvalersi dello specifico regime opzionale disciplinato nel CESL (*opt-in*) e costituisce oggetto di una dichiarazione distinta rispetto all'accettazione della proposta contrattuale di vendita¹¹⁶; non può essere, pertanto, qualificata alla stregua di una clausola contrattuale interna al regolamento negoziale.

¹¹⁴ Addis F., "Neoformalismo e tutela dell'imprenditore debole", in *Obbl. contr.*, 2012, 13.

¹¹⁵ Si pensi ai concetti di competenza specifica del prestatore, costo al quale il prestatore può ottenere l'informazione, la facilità con cui l'altro professionista può ottenere l'informazione con altri mezzi, la natura delle informazioni, la presunta importanza dell'informazione per l'altro professionista e, soprattutto le buone pratiche commerciali. Tutte situazioni espressamente indicate all'art. 23, all. I, CESL.

¹¹⁶ In particolar modo per le contrattazioni per via telematica, tale meccanismo potrebbe concretarsi nel sistema del cd. "blue botton", già ipotizzata da lungo tempo. Da ultimo, si legga Schulte-Nölke H., *Der Blue Button kommt – Konturen einer neuen rechtlichen Infrastruktur für den Binnenmarkt*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEUP)*, 2011, 19, p. 749-754. Già in precedenza, l'Autore aveva ipotizzato l'applicabilità dello strumento opzionale, mediante *blue botton*, indipendentemente dalla natura dei soggetti coinvolti, (B2B e B2C) e ricomprendendo una vasta gamma di beni (da quelli materiali a quelli digitali, fino alle nuove tipologie di servizi, quali ad es. il cd. *cloud computing*, nonché i servizi nel settore turistico e finanziario),

Premesso inoltre che, nei menzionati rapporti, siffatta opzione debba essere necessariamente integrale, come indicato all'art. 8, III par. (All. I), devono dedursi, *a contrario*, due conseguenze in ordine ai rapporti fra professionisti ossia, nella specie, con le piccole e medie imprese¹¹⁷.

La prima attiene alla possibilità che il regime opzionale sia, da parte di queste ultime, scelto implicitamente, ossia per fatti concludenti; il secondo implica la possibilità di adesione anche parziale al medesimo¹¹⁸, con ciò ponendo, ancora una volta, una serie di dubbi in riguardo all'asimmetria contrattuale che potrebbe prospettarsi rispetto ad entità imprenditoriali assolutamente disomogenee e, dunque, alle difficoltà per la singola PMI, impegnata nella transazione transfrontaliera, nel fronteggiare adeguatamente la sua "complessità giuridica" e di disporre di un adeguato bagaglio informativo e di *drafting* contrattuale che le consenta di valutare l'opportunità di un regime alternativo a quello nazionale, per di più accettato solo in parte¹¹⁹.

Con riguardo ai contenuti della Nota in analisi, occorre altresì evidenziare l'ulteriore e rilevante compito da essa assolto, costituito dalla sintesi dei principali diritti (qui definiti come "fondamentali", in ossequio ad un'ormai consolidata considerazione a livello europeo) del consumatore, prima e dopo la sottoscrizione del contratto.

Senza qui soffermarsi su una loro elencazione, per la quale si rinvia al testo della Nota, pare invece, più proficuo operare un raffronto con l'insieme degli obblighi

con ciò dando rilievo al tipo e tecnica di negoziazione, piuttosto che alle categorie di soggetti cui si rivolge, Id., *EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the 'Blue Button'*, in *Eur. Rev. Contr. Law*, Vol. 3, Issue 3, pagg. 332–349.

¹¹⁷ È infatti, come noto, il precedente art. 7 a limitare l'ambito di applicazione ai contratti in cui una delle parti sia professionista, ma rientrando nella categoria delle PMI, così come descritta nella Racc. 2003/361 (GU L 124 del 20.05.2003, p. 36). È tuttavia fatta salva la possibilità per gli Stati membri di adottare leggi che autorizzino l'applicazione anche a professionisti non rientranti in tale definizione, in base al successivo art. 13, lett. b, (All.I) che, a sua volta, riprende la *ratio* esplicitata nel Consid. n. 21 della Proposta. Laddove ciò dovesse accadere, sembra chiaro che, almeno in linea generale, non si porrebbe il problema dell'asimmetria contrattuale.

¹¹⁸ Il dato sembra confermato dall'emendamento all'art. 8, par. 3 che stabilisce: *Nei rapporti tra professionista e consumatore il diritto comune europeo della vendita non può essere scelto in parte, ma solo nella sua integralità. Nei rapporti tra professionisti, il diritto comune europeo della vendita può essere scelto in parte, purché non vi si vieti l'esclusione delle relative disposizioni.* (v. emend. n. 72, Prog. ris. leg. Parlam. europeo del 26.02.14, P7_TA-PROV(2014)0159)

¹¹⁹ Ciò ripropone il problema dell'opportunità dell'estensione di norme tipicamente protettive del consumatore anche alle imprese di piccole o medie dimensioni, quale tema dibattuto, oltre che nei singoli ordinamenti nazionali, anche nelle diverse sedi preparatorie alla Proposta. Si vedano, in merito, le analisi condotte nell'ambito di: *Green Paper from the Commission on policy options for progress towards a European Contract Law for consumers and businesses*, Brussels, 1.7.2010, COM (2010)348 final, nonché *Commission Staff Working Paper Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law on a Common European Sales Law*, Brussels, 11.10.2011 SEC (2011) 1165 final. In dottrina, Hesselink M. W., *Towards a Sharp Distinction between b2b b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2010, 18, 1, pp. 57-102.

informativi precontrattuali a carico del professionista, nella fase antecedente alla sottoscrizione, ove si intrecciano le specifiche norme di cui agli artt. 13-29, ma anche e soprattutto il principio generale sancito all'art. 9.

Il dato certo è rappresentato dall'obbligo in capo al professionista di rilasciare in modo palese e su un supporto durevole siffatto distinto documento, sicché, laddove per la particolare modalità di conclusione del contratto, (ad es. per telefono), non sia stato possibile rilasciarla contestualmente ad essa o se, comunque il professionista abbia omesso di rilasciare la Nota, l'accordo non vincolerà il consumatore e dunque rimarrà sospeso, finché costui non abbia ricevuto conferma in ordine all'applicazione del diritto comune europeo e vi abbia espressamente acconsentito.

La finalità di elevata protezione insita in questo obbligo informativo inderogabile e "preliminare" rispetto ad ogni ulteriore previsione, è di tutta evidenza, essendo ragionevolmente presumibile che soltanto la Nota sarà oggetto di reale attenzione da parte del consumatore¹²⁰; e ciò anche a costo che tale meccanismo possa rallentare il procedimento di conclusione del contratto.

Considerando, tuttavia, che il regime opzionale dovrebbe essere più garantista per il consumatore, non è chiara la motivazione che abbia indotto il legislatore alla scarsa elasticità delle conseguenze; il consumatore, infatti, potrebbe essere interessato alla conservazione dell'accordo in ordine al regime applicabile, e dunque alla sua vincolatività, anche in assenza dell'esplicita consegna e successiva accettazione della dichiarazione in parola. Non sembra, al contrario, che il legislatore abbia inteso lasciare spazio ad alternative, in nome della presunta incapacità del consumatore di adottare scelte consapevoli, salvo una non meglio identificata libertà per gli Stati membri di determinare le sanzioni da irrogare al professionista, allorché costui violi le norme relative all'informazione sul mancato accordo sul regime applicabile (art. 10, in riferimento agli artt. 8 e 9)¹²¹.

Probabilmente si tratta di sanzioni ulteriori rispetto alla considerazione dell'accordo come non concluso, ossia alla libertà, per gli ordinamenti nazionali, di prevedere forme di risarcimento del danno, ma non certamente di riabilitazione di un regime considerato mai adottato dalle parti¹²².

¹²⁰ Non pare inficiare l'assunto in parola la discrasia terminologica riscontrabile nel raffronto fra art. 9 e Nota informativa standard, ove si parla di "validità" del contratto, subordinata alla ricezione, da parte del consumatore, della nota stessa, nonché all'esplicitazione del relativo consenso.

¹²¹ Si segnala tuttavia che, nel recente citato Prog. ris. leg. Parlam. europeo del 26.02.14, P7_TA-PROV(2014)0159, è stato inserito (con emend. 13) il Considerando 23 bis), con il seguente contenuto: *Quando l'accordo delle parti riguardante l'utilizzazione del diritto comune europeo della vendita non è valido o quando non siano rispettati i requisiti che prevedono di fornire la nota informativa standard, la questione se un contratto sia concluso e a quali condizioni deve essere determinata dal rispettivo diritto nazionale applicabile conformemente alle pertinenti norme in materia di conflitto di leggi.*

¹²² V. tuttavia il cit. emendamento che introduce il considerando 23 bis.

Con specifico riguardo, invece, alla possibilità che le informazioni relative ai beni oggetto della compravendita, analiticamente contenute nelle menzionate norme, si rivelino errate o incomplete, la Nota, si limita, con un certo grado di approssimazione, a farne scaturire “un diritto al risarcimento” in favore del consumatore, per poi proseguire con ulteriori specifiche previsioni dedicate al diritto di recesso, ai servizi connessi, alle clausole abusive, ecc.

L'espressione lascia intendere l'automatismo del risarcimento per il fatto stesso della violazione delle norme in analisi, ossia a prescindere dall'effettiva dimostrazione di aver subito una perdita o patito un pregiudizio, per effetto della mancata o incompleta informazione. Invero, non è tanto la laconicità dell'espressione, indubbiamente dovuta al carattere di sintesi del documento, a destare qualche dubbio, quanto piuttosto l'irrisolta qualificazione della natura della responsabilità scaturente da siffatte condotte, che sembrerebbe essere di natura oggettiva, in considerazione della mancanza di qualsivoglia riferimento a dolo o a colpa¹²³.

La circostanza che invece sia necessario fornire la prova di una qualche voce di danno sembra emergere dalla lettura combinata con l'art. 29 (All.I) che, pur contenendo, come visto, una formulazione estremamente lata (“qualsiasi danno”) lascia intendere che il consumatore debba dimostrare di aver subito un pregiudizio e che, dunque, il diritto al risarcimento non sia da considerarsi una sorta di penale, a carico del professionista inadempiente.

8. Spunti per una riflessione *de iure condendo*

Sollecitazioni complesse, frutto delle eterogenee esperienze maturate a livello europeo, hanno contribuito, nella formazione dell'attuale assetto della Proposta di Regolamento, a ribadire la centralità degli obblighi informativi in fase pre e postcontrattuale.

A fronte di questo dato pacifico, opportunamente congruente anche con l'esigenza di non apprestare, con uno strumento *opt-in*, livelli di tutela deteriori rispetto a quelli previsti dalla legislazione vigente, è possibile segnalare punti di indubbio vantaggio, ma anche numerose perplessità, in ordine ai contenuti degli obblighi in analisi ed alla loro effettiva azionabilità¹²⁴.

¹²³ In dottrina, si sollevano molteplici dubbi, in merito alla presunta non completezza della nota informativa, evidenziandosi proprio la non corretta formulazione della stessa in punto di responsabilità, Heidemann M., *European Private Law at the Crossroads: The Proposed European Sales Law*, in *Eur. Rev. Priv. Law*, 2012, 4, 1137.

¹²⁴ Dovrà ad esempio valutarsi l'eventuale applicabilità di meccanismi stragiudiziali delle controversie da ultimo oggetto della recentissima approvazione della Direttiva sull'ADR per i consumatori (Dir. 2013/11/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE, in Gazz. UE 18 giugno 2013, L 165/63). Per un primo commento sulla proposta di direttiva, si v. Ansaldo L., *Mercato europeo, e-commerce, mediazione e consumatori: le novità legislative in arrivo*, in *Contr.*, 2013, 641.

Il limitato scopo che in questa sede ci si prefigge – circoscritto al solo momento antecedente la conclusione del contratto – non consente valutazioni di più ampio respiro, in riguardo del merito dello strumento in esame: se esso, come ormai sembra altamente probabile, troverà applicazione alla mera contrattazione *on line*, se esso sia destinato a riverberarsi oltre i meri contratti di compravendita, se esso sarà effettivamente preferito rispetto ad altre formule esistenti.

Possono, tuttavia, valutarsi con discreta soddisfazione altri peculiari aspetti, laddove essi incontrino gli adeguati correttivi da più parti sollecitati.

Il primo attiene senza dubbio all'inclusione del professionista (quand'anche individuato nella figura della PMI) fra i destinatari degli obblighi informativi, con ciò sopperendo (in caso di scelta dello strumento in parola) alle carenze di una legislazione sin troppo frammentaria e poco chiara.

Il secondo concerne l'aver apprestato un sistema rimediale per la violazione dei doveri informativi precontrattuali, tendenzialmente bastevole, seppur con le denunciate limitazioni, rispetto a quello reso dalla citata contestuale dir. 2001/83/UE.

È infine apprezzabile che il rimedio risarcitorio più volte evocato sia riferibile a "qualsiasi danno", devolvendo al giudice la valutazione del caso concreto, ma stabilendo un principio di tendenziale integralità del danno risarcibile.

Di contro, non sembra che siano state adeguatamente colte le sollecitazioni provenienti, non soltanto dalle esperienze dei singoli ordinamenti nazionali, ma anche dalle più recenti iniziative di armonizzazione del diritto contrattuale europeo, ed *in primis* del *DCFR*.

La circostanza, infatti di riferirsi alle informazioni precontrattuali, includendole nella parte concernente la conclusione di un contratto vincolante, implica, già da un punto di vista sistematico, la scelta di non prendere in sufficiente considerazione il delicato momento prodromico rispetto al contatto vero e proprio tra le parti, che, per quanto in particolare attiene al consumatore, è oggetto di ampia attenzione nella dir. 2005/29/CE, dedicata alle pratiche commerciali sleali. Accedendo ad un'impostazione più lata, che nell'ordinamento italiano potrebbe agevolmente rinvenirsi nella lettura combinata degli artt. 2 e 5 cod. cons., la figura del consumatore dovrebbe emergere, non quale mero contraente debole, ma piuttosto quale titolare ad un'adeguata informazione, ad una corretta pubblicità e a pratiche commerciali leali¹²⁵.

La scelta della CESL di considerare le cd. dichiarazioni precontrattuali (v. art. 69 CESL) rese dal professionista o da altro soggetto incaricato, quali clausole contrattuali, indubbiamente potrà agevolare l'interprete, ma la loro collocazione in una

¹²⁵ Così, L. Di Nella, *Il consumatore in relazione agli obblighi generali di informazione (art. 5, comma 1° c. cons.) e alle pratiche commerciali scorrette (art. 18 ss. c. cons.)*, in A.a. V.v., *I "principi" del diritto comunitario dei contratti, Acquis Communautaire e diritto privato europeo*, a cura di De Cristofaro G., Torino, 2009, 61.

sezione distante e non coerente con quella dedicata agli obblighi informativi, non sembra deporre in favore di un adeguato trattamento delle situazioni di affidamento sottostanti.

Sembra, inoltre, un'occasione perduta quella di non aver raccolto un ulteriore spunto di carattere sanzionatorio enucleabile dal DCFR in merito alle conseguenze del mancato rispetto dei doveri informativi da parte del professionista¹²⁶. La vincolatività delle obbligazioni che la controparte si sarebbe legittimamente attesa come conseguenza di un'informazione assente o non corretta, sembra rimedio potenzialmente più efficace del mero risarcimento del danno.

Esso infatti, non soltanto consentirebbe il perseguimento dell'interesse della parte alla conservazione del contratto (in contrasto con le conseguenze di un annullamento o tanto meno della nullità del contratto), ma sanzionerebbe un obbligo di condotta del professionista in modo ancora più efficace del mero ristoro in termini risarcitori, che sovente, per l'esiguità degli importi o per le difficoltà nell'intraprendere l'azione legale, non viene concretamente azionato¹²⁷.

Un ulteriore profilo di perplessità proviene dalla menzionata applicazione dei rimedi ai soli contratti effettivamente conclusi. La lacuna rispetto alla circostanza che un soggetto possa aver patito un danno anche per effetto della mancata conclusione del contratto, in ragione dell'assenza o non correttezza dell'informazione fornita, è del tutto evidente ed ingiustificata.

Quanto infine, sul più ampio piano dei principi, alla mancata esplicita inclusione di quello di buona fede nella fase precontrattuale, deve ritenersi una scelta se non altro singolare, atteso che esso venga comunque espresso a livello generale (v. art. 2 CESL) e non avrebbe di certo comportato conseguenze ingovernabili sul fronte applicativo.

¹²⁶ Si veda *supra* il riferimento all'art. II. – 3:109, co 2.

¹²⁷ Come visto, invece, l'art. 28 CESL, pur prendendo, quasi incidentalmente in considerazione le informazioni ingannevoli o inesatte e pur riferendosi al ragionevole affidamento che la parte vi abbia fatto, si limita ad estendere a questa eventualità i rimedi di carattere generale previsti al successivo art. 29.

Riflessioni sulla giustizia contrattuale fra redistribuzione sociale ed efficienza economica

di Lorenzo Scarano

SOMMARIO: 1. L'occasione della riflessione: la sospensione dei mutui come misura di giustizia sociale. – 1.1. Spunti di valutazione a valle dell'intervento legislativo. – 2. Le ultime evoluzioni del diritto dei contratti. – 2.1. Fini e tecniche normative per i cosiddetti "contraenti deboli". – 2.2. Alle prese con un valore potenzialmente tiranno. – 3. Il difficile connubio fra mercato e solidarietà nel diritto del lavoro. – 3.1. Di fronte ad un valore non negoziabile. – 3.2. Le recenti tendenze 'deregolative' nella disciplina dei rapporti di lavoro. – 4. Giustizia contrattuale, giustizia commutativa e giustizia distributiva.

1. Il lavoro, la casa e la terra: la storia dell'Italia moderna ci insegna che sono questi i beni che consentono una prima realizzazione della dignità della persona; in vista di queste esigenze fondamentali anche la cultura giuridica ha progressivamente edificato il carattere sociale del Diritto del Novecento.

Non è certamente questa la sede per ripercorrere le tappe di uno straordinario processo che ha lentamente rivoluzionato il volto della giuridicità, segnando il mutamento del soggetto giuridico di riferimento: dall'individuo astratto dalle connessioni sociali alla persona intimamente legata alle sue esigenze materiali¹.

Una recente misura normativa, però, consente di evidenziare un dato comune dell'intervento statale nella disciplina dei rapporti economici: le norme sui contratti (e sui prezzi) imposti, la disciplina vincolistica dei rapporti che coinvolgono il coltivatore diretto, l'affittuario di fondi rustici e il conduttore di immobili urbani (ad uso abitativo e non) – oltre al diritto del lavoro – attestano come il tendenziale obiettivo della giustizia sociale sia stato perseguito con la posizione di regole eteronome che assumono il mercato «quale luogo di uno scambio per definizione ineguale ed ingiusto» per procedere ad una riallocazione della ricchezza in maniera conforme a «postulati minimi di giustizia sociale, eguaglianza sostanziale e dignità personale»².

¹ In ragione di ciò, è viepiù inutile indugiare in rassegne bibliografiche che denuncerebbero solo la loro arbitrarietà, visto lo sterminato dibattito sviluppatosi in dottrina.

² C. Camardi, *Tecniche di controllo dell'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto europeo*, in *Europa dir.*

Il riferimento è ai commi 48 e 49 dell'art. 3 della legge n. 92 del 2012 (c.d. "riforma Fornero") che – passati quasi inosservati³ – contengono interessanti disposizioni 'in soccorso' di situazioni finanziarie (e familiari) che mettono a rischio il bene "casa". In verità, già nel 2007 la legge n. 244 era intervenuta sul punto, approntando un sistema di tutela a favore di quanti non fossero più in grado di onorare le rate dei mutui contratti per l'acquisto della prima abitazione. Le disposizioni contenute nei commi 475-480 dell'art. 2 della c.d. "legge finanziaria per il 2008", dopo aver istituito presso il Ministero dell'economia e delle finanze il "Fondo di solidarietà per i mutui per l'acquisto della prima casa"⁴, prevede la possibilità per i contratti di mutuo riferiti all'acquisto di unità immobiliari da adibire ad abitazione principale del mutuatario, la facoltà di chiedere la sospensione del pagamento delle rate con relativa proroga *ex lege* del contratto⁵ nei seguenti limiti: a) per non più di due volte; b) per un periodo massimo complessivo non superiore a diciotto mesi nel corso dell'esecuzione del contratto. In caso di accoglimento della richiesta, la durata del mutuo e delle rate viene prorogata dello stesso periodo, al termine del quale il pagamento riprende con gli importi e le scadenze originariamente concordati, «salvo diverso patto eventualmente intervenuto» (art. 2, co. 476), finalizzato alla rinegoziazione delle condizioni del contratto.

La condizione essenziale per l'accesso al beneficio, nell'originaria formulazione del comma 479, era la circostanza che il mutuatario doveva dimostrare «di non essere in grado di provvedere al pagamento delle rate» (comma 479). A tal proposito, il 21 giugno 2010 il Ministero dell'Economia e delle Finanze è intervenuto ad emanare il D.M. attuativo delle disposizioni, stabilendo che sono considerati soggetti beneficiari i contraenti un mutuo di importo non superiore ai 250 mila euro annui, in ammortamento da almeno un anno, e con ISEE non superiore ai 30 mila euro. Nello specifico, è l'art. 2, comma 3 che individuava gli "eventi protetti": «a) perdita del posto di lavoro dipendente a tempo indeterminato o termine del contratto di lavoro parasubordinato o assimilato, con assenza non inferiore a tre mesi di un nuovo rap-

priv., 2008, p. 250: «la disciplina autoritativa che contraddistingue tali tipologie contrattuali è testimonianza» di una *ratio* «funzionale non a meri obiettivi di protezione, bensì a più intensi obiettivi di giustizia distributiva, in ragione dei quali il contratto autoritativamente "corretto" è in grado a sua volta di correggere il mercato».

³ Sull'esegesi delle disposizioni richiamate v. P. Albi, *Sospensione dei mutui e cessazione dei rapporti di lavoro*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario alla legge n. 92 del 2012*, Bari, 2013, p. 795 ss. ed il mio *La sospensione dei mutui: una controversia misura di giustizia sociale nella riforma Fornero*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, p. 583 ss.

⁴ Con la funzione di assolvere al pagamento dei costi delle procedure bancarie e delle spese notarili necessari per la sospensione del mutuo, su richiesta del mutuatario che ottiene la proroga del pagamento delle rate (combinato disposto commi 478 e art. 3, comma 1 D.M. 21 giugno 2010).

⁵ S. Rizzo, *La disciplina della sospensione legale dei finanziamenti nei recenti interventi del legislatore a livello nazionale e a livello regionale*, in S. Bonfatti, G. Falcone (a cura di), *La ristrutturazione dei debiti civili e commerciali*, Milano, 2008, p. 303 ss., che si sofferma anche su consimili misure, attuate in occasione del sisma che ha colpito l'Abruzzo nell'aprile 2009.

porto di lavoro; b) morte o insorgenza di condizioni di non autosufficienza di uno dei componenti il nucleo familiare, nel caso in cui questi sia percettore di reddito per almeno il 30 per cento del reddito imponibile complessivo del nucleo familiare domiciliato nell'abitazione del beneficiario⁶; c) pagamento di spese mediche o di assistenza domiciliare documentate per un importo non inferiore a 5 mila euro annui; d) spese di manutenzione straordinaria, di ristrutturazione o di adeguamento funzionale dell'immobile oggetto del mutuo⁷, sostenute per opere necessarie e indifferibili per un importo, direttamente gravante sul nucleo familiare domiciliato nell'abitazione del beneficiario, non inferiore a 5 mila euro; e) aumento della rata del mutuo, regolato a tasso variabile, rispetto alla scadenza immediatamente precedente, direttamente derivante dalle fluttuazioni dei tassi di interesse, di almeno il 25 per cento in caso di rate semestrali e di almeno il 20 per cento in caso di rate mensili⁸.

La possibilità di ottenere la sospensione delle rate con proroga del mutuo, inoltre, era esclusa in relazione ai contratti per cui era già stato avviato dall'istituto creditizio «il procedimento esecutivo per l'escussione delle garanzie» (comma 477), da intendersi iniziato – a mente del modello allegato al D.M. – con l'avvenuta notifica dell'atto di precetto ai sensi dell'art. 491 c.p.c.

Ebbene, la riforma Fornero – nell'ampia prospettiva di rivisitare la disciplina dei contratti di lavoro e degli ammortizzatori sociali – è intervenuta a ridefinire presupposti e limiti di accesso alla sospensione del pagamento dei mutui per l'acquisto della prima casa, puntellando le disposizioni contenute nella legge del '07.

Oltre ad alcune modifiche secondarie⁹, è stato introdotto all'art. 2 il comma 476-*bis*, che estende il meccanismo sospensivo anche ai mutui: a) oggetto di operazioni di emissione di obbligazioni bancarie garantite ovvero di cartolarizzazione dei crediti di cui alla n. 130/1990; b) erogati per portabilità tramite surroga ai sensi dell'art. 120-*quater* del c.d. "T.U.B." (d.lg. n. 385/1993), se ed in quanto costituenti mutui di nuova erogazione; c) che hanno già fruito di altre misure di sospensione purché

⁶ Con rinvio all'art. 3, comma 3, legge n. 104/1992.

⁷ Ivi comprese gli esborsi sostenuti per spese condominiali.

⁸ Come si legge dal modello della domanda per l'ammissione al beneficio, sono «esclusi dall'intervento i contratti di lavoro dipendente a tempo determinato, i contratti di apprendistato, i contratti di agenzia e comunque di tipo autonomo/imprenditoriale ... la sospensione del rapporto di lavoro per Cassa Integrazione o istituti assimilabili non costituisce titolo per l'accesso al Fondo». Quanto, invece, alle dimissioni per giusta causa, tale forma di recesso è considerato requisito utile per accedere al beneficio solo ove «risulti da sentenza o da altro atto trasattivo [n.d.r.: è il termine contenuto nella domanda] bilaterale (tale atto dovrà contenere il riconoscimento espresso da parte del datore di lavoro della giusta causa che ha comportato le dimissioni del lavoratore e dovrà essere prodotto in originale)».

⁹ Due aggiunte conclusive ai commi 475 e 476, rispettivamente finalizzate a contenere l'operatività del Fondo «nei limiti delle risorse disponibili e fino ad esaurimento delle stesse» ed a precisare come la «sospensione non comporta l'applicazione di alcuna commissione o spesa di istruttoria ed avviene senza richiesta di garanzie aggiuntive».

con durata complessiva non superiore a diciotto mesi. Tuttavia, il legislatore del 2012 ha operato un significativo intervento “restrittivo”¹⁰, andando a ridurre la platea dei mutui sospendibili attraverso la nuova formulazione dell’art. 2, comma 477, l. n. 244 del 2007. La misura, infatti, non opera – oltretutto nell’ipotesi in cui la banca abbia avviato l’esecuzione – anche quando: a) il mutuatario sia in ritardo nei pagamenti per un periodo superiore a novanta giorni consecutivi; b) il mutuante abbia esercitato la facoltà di far decadere dal beneficio del termine il cliente; c) si sia verificata la risoluzione del contratto («anche tramite notifica dell’atto di precetto», ma sarebbe sufficiente un semplice atto stragiudiziale); d) un terzo creditore abbia avviato una procedura esecutiva sull’immobile ipotecato, magari iscrivendo un’ipoteca di grado successivo; e) il finanziamento sia stato accordato con l’ausilio di agevolazioni pubbliche; f) sia stata stipulata un’assicurazione a copertura dei rischi di perdita d’impiego o invalidità (comunemente praticati, quando non resi obbligatori, nella prassi commerciale) tale da garantire il rimborso delle rate che il contraente non è in grado di onerare.

Invero, la parte più importante della novella è quella che ha integralmente riscritto il comma 479, con la nuova tipizzazione degli “eventi” in presenza dei quali gli interessati acquisiscono un vero diritto soggettivo perfetto ad ottenere la sospensione del pagamento delle rate del mutuo. Tali situazioni (che la legge precisa – pleonasticamente – devono accadere «successivamente alla stipula del contratto di mutuo» e verificarsi nei tre anni antecedenti alla richiesta di sospensione) sono le seguenti: «a) cessazione del rapporto di lavoro subordinato, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di risoluzione per limiti di età con diritto a pensione di vecchiaia o di anzianità, di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, di dimissioni del lavoratore non per giusta causa; b) cessazione dei rapporti di lavoro di cui all’articolo 409, numero 3), del codice di procedura civile, ad eccezione delle ipotesi di risoluzione consensuale, di recesso datoriale per giusta causa, di recesso del lavoratore non per giusta causa; c) morte o riconoscimento di handicap grave, ai sensi dell’articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ovvero di invalidità civile non inferiore all’80 per cento».

Dunque, la sospensione opera in tutte le ipotesi di cessazione del rapporto di lavoro subordinato, sia esso a tempo determinato (per scadenza del termine, *in primis*) che a tempo indeterminato, a meno che il recesso sia intimato nei confronti di lavoratori in possesso dei requisiti per il pensionamento ovvero avvenga per giusta causa, giustificato motivo soggettivo, dimissioni non per giusta causa oppure per risoluzione consensuale del rapporto. Medesimo trattamento viene riservato per i lavoratori c.d. “parasubordinati”, dovendo intendersi inclusi i collaboratori a pro-

¹⁰ Così P. Albi, cit., p. 795.

getto. A prescindere poi dal tipo di rapporto di lavoro eventualmente in essere, si ha diritto ad ottenere la sospensione in caso di morte, invalidità minima dell'80 per cento o, ai sensi dell'art. 3, comma 3, l. n. 104 del 1992, per riconoscimento di un *handicap grave*¹¹.

1.1. La sospensione dei mutui pare confermare la tendenza regolativa, accentuatasi negli ultimi quindici anni, che vede il diritto privato connotarsi per interventi eteronomi incidenti su relazioni negoziali squilibrate (basti pensare al diritto dei consumatori ed alla legge n. 192/1998 sulla dipendenza economica in materia di subfornitura) alla ricerca della c.d. "giustizia contrattuale"¹². Infatti, anche la disciplina che interviene nei rapporti fra cliente mutuante e impresa bancaria pare ispirata ad istanze di protezione del 'contraente debole', nella parte in cui introduce un meccanismo di sospensione legale dei pagamenti a vantaggio sull'obbligato che non è contemplata nel diritto comune dei contratti. Gli ambiti in cui interviene la misura normativa esaminata (il mutuo ed il rapporto di lavoro come manifestazioni tipiche dei "contratti di durata"), e le tecniche regolative adottate (trasferimento del rischio sulla controparte e inderogabilità – salvo patti migliorativi – delle disposizioni) invitano l'interprete a riflettere su alcune costanti della recente produzione normativa.

Negli ultimi tempi il legislatore si è preoccupato di regolare i vincoli giuridici nascenti da relazioni negoziali che, pur scaturendo da esigenze di mercato, sono caratterizzati da legami di dipendenza; tali fattispecie danno vita ad obbligazioni connotate per la proiezione temporale, durata del rapporto, spesso etero-disciplinato dalla volontà del contraente forte¹³. Ancora, siffatte relazioni di durata sovente interessano l'esistenza delle persone: basti pensare – oltre alla relazione di lavoro – ai contratti di mutuo stipulati per l'acquisto della prima casa ovvero, in passato, al settore dei rapporti agrari. Ebbene, due tecniche protettive sistematicamente utilizzate a vantaggio del contraente debole (in maniera paradigmatica identificato nel

¹¹ In ordine all'ipotesi del decesso la legge non individua il soggetto che può ottenere la sospensione del mutuo. Se nelle altre fattispecie non è necessario operare ulteriori rilievi, atteso che il soggetto colpito dall'evento protetto è lo stesso ammesso al beneficio, nel caso in cui si verifichi la morte del mutuatario un'interpretazione aderente allo spirito della legge consente di riconoscere questa facoltà, non solo ai congiunti successibili ai sensi delle disposizioni in materia successoria, sia legittima che testamentaria (cfr. P. Albi, cit., p. 798), ma anche all'eventuale cointestatario del contratto di mutuo, che non è detto sia legato da vincoli di coniugio o parentela col *de cuius*: si pensi al convivente.

¹² Anche per i riferimenti bibliografici, rinvio al mio *Poteri, interessi e tecniche nella regolazione del mercato: preliminari sulla giustizia nel contratto di lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2013, p. 107 ss.

¹³ L. Nogler, U. Reifner, *Social contracts in the light of the Draft Common Frame of Reference for a future EU Contract Law, Work. Pap. C.S.D.L.E.Int.*, n. 80/2010. Nella dottrina francese, a tal proposito, è stata coniata la categoria dogmatica dei *contracts de dépendance* (v. A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Milano, 2006, p. 131).

lavoratore subordinato e, nella fattispecie analizzata, con le sembianze del mutuatario) sono quelle del trasferimento del rischio e dell'inderogabilità *in pejus*.

La sospensione del pagamento delle rate del mutuo, infatti¹⁴, permette, in presenza di una data sopravvenienza, un'allocazione alternativa (in capo all'istituto di credito) a quella spontaneamente prodotta dal mercato (che avrebbe mantenuto le conseguenze negative dell'evento sulle spalle del mutuatario) del rischio (giuridico, ma prima ancora economico) connesso alla perdita della fonte di reddito. Ebbene, la 'regolare' traslazione sul datore di lavoro delle cause che, riguardando la persona del lavoratore, non consentono la prestazione di lavoro pare costituire il modello di riferimento.

Analogo discorso può essere condotto in riferimento all'altra collaudata tecnica regolativa congegnata per i rapporti negoziali 'squilibrati': nella parte in cui la disposizione (art. 2, comma 476) prevede che, al termine della sospensione, il pagamento del mutuo riprende salvo diversa pattuizione intercorsa fra le parti (che l'ordinamento non consente a svantaggio del mutuatario), il legislatore ripropone un apparato protettivo già noto: previsione di diritti irrinunciabili, divieto di patti in deroga, sanzione della nullità con sostituzione automatica delle norme imperative. È la tecnica dell'inderogabilità, geneticamente connaturata al diritto del lavoro¹⁵, successivamente utilizzata nei rapporti contrattuali riguardanti proprio i fondi agricoli e le abitazioni, e più di recente mutuata nel d.lg. n. 206/2005, c.d. "codice del consumo" (ma prima ancora nel T.U.B.) oltreché nell'ambito dei rapporti fra imprese caratterizzati da asimmetria di potere (su tutti, la legge in materia di subfornitura industriale).

Com'è noto, la disciplina dei rapporti contrattuali consegnata nei codici borghesi non attribuiva alcuna rilevanza alle situazioni di squilibrio negoziale e, più in generale, ai differenti fattori che possono pregiudicare la proporzionalità fra le prestazioni, come per esempio eventuali stati di bisogno di uno dei contraenti; ciò a sostegno dell'impostazione sistematica della regolazione dei rapporti economici, assestata sulla tendenziale insindacabilità dell'assetto di interessi raggiunto dalle parti con la conclusione del contratto. Certamente, tale impostazione è stata progressivamente erosa dall'imponente intervento dello Stato nell'economia, ma è nell'ultimo quindicennio che il problema della "giustizia contrattuale" ha pervaso le agende dei *policy makers* ed imposto alla dottrina di interrogarsi sul tema.

Al riguardo, gli Autori che se ne sono occupati hanno da subito suggerito di approcciarsi con cautela al problema dell'equità nel regolamento contrattuale, allo scopo

¹⁴ Già L. Nogler, U. Reifner, cit., p. 27 s.

¹⁵ R. Voza, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro. Un profilo storico*, in *Riv. giur. lav.*, 2006, I, p. 229 ss.

di evitare che le affascinanti suggestioni ‘equitative’ presenti nell’espressione “giustizia contrattuale” potessero fuorviare l’interprete nel catalogare le nuove disposizioni sotto erronei paradigmi di benevolenza e gratuità delle transazioni commerciali¹⁶.

Affianco ai beni intimamente legati alle necessità fondamentali della persona (lavoro, casa, terra, appunto), la modernità ha iniziato a propinarci e continua a proporre un altro modello, anch’esso considerato elemento di realizzazione della personalità umana, il “consumo”. E la regolazione dei negozi aventi ad oggetto immediato (contratti dei consumatori) o mediato (rapporti fra imprese che producono beni e/o servizi) il consumo non può che fare i conti con le richieste del mercato. Sovente, invero, sono proprio le esigenze di corretto funzionamento del mercato ad ispirare la disciplina dei rapporti economici, pur se con misure catalogate nel contenitore della giustizia contrattuale: non a caso, sembra essere questa la finalità del diritto dei consumatori e della disciplina dei rapporti fra imprese in posizione asimmetrica.

2. Nell’attenzione con cui vengono regolati i rapporti di potere che strutturano il mercato allo scopo di disciplinare le relazioni negoziali squilibrate la dottrina ha rilevato un progressivo ravvicinamento al diritto del lavoro del diritto dei contratti contemporaneo, interessato da una strutturale metamorfosi¹⁷; in questa direzione rilevanti tratti di affinità sono stati colti anche in relazione alle tecniche di tutela¹⁸: ciò vale sia per il formante giurisprudenziale (si pensi allo ‘sfruttamento’ della clau-

¹⁶ Cfr. G. D’Amico, *La formazione del contratto*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 67; sulle generiche «finalità lato sensu giustizialiste», spesso mirate «a soddisfare mere esigenze di corretto funzionamento del mercato» v. V. Scalisi, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in E. Navarretta (a cura di), *Il diritto europeo dei contratti fra parte generale e norme di settore*, Milano, 2007, p. 267.

¹⁷ Cfr. A. Perulli, *Lavoro autonomo e dipendenza economica, oggi*, in *Riv. giur. lav.*, 2003, I, p. 253 s.

¹⁸ L. Zoppoli, *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 175 ss. Cfr., con diversi accenti: A. Perulli, *Diritto del lavoro e diritto dei contratti*, *ivi*, 2007, I, p. 427 ss.; A. Genovese, *Nuovo diritto dei contratti e tutela del contraente debole. Note a margine di un recente seminario sui rapporti di dipendenza economica*, in *Arg. dir. lav.*, 2010, p. 150 ss.; A. Plaia, *Protezione del contraente debole e retorica della giustizia contrattuale*, *ivi*, 2008, p. 705 ss.; V. Ricciuto, *Diritto civile e diritto del lavoro: le prospettive di un’antica vicenda scientifica*, *ivi*, p. 720; L. Nogler, *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 171 ss.; G. Vettori, *Diritto contrattuale europeo, rimedi di terza generazione e diritto del lavoro*, *ivi*, p. 207 ss.; A. Lo Faro, *Perché i giuslavoristi trascurano il dibattito sul diritto contrattuale europeo? Cinque risposte a Luca Nogler*, *ivi*, p. 225 ss.; S. Liebman, *Prestazione di attività produttiva e protezione del contraente debole fra sistema giuridico e suggestioni dell’economia*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico (Atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S., Parma, 4-5 giugno 2010)*, Milano, 2011, p. 105 ss., in relazione al quale v. il mio intervento (*Annotazioni sulla persistente specialità del diritto del lavoro*, *ivi*, p. 303 ss.). A. Vallebona, *Fini e tecniche del diritto del lavoro*, in Id. (a cura di), *I contratti di lavoro*. “Trattato dei contratti”, diretto da P. Rescigno, E. Gabrielli, Torino, 2009, I, p. 7, ad es., ha auspicato un approfondimento interdisciplinare di quest’importante evoluzione dell’ordinamento, per indagare analogie e differenze su fini e tecniche protettive contro il contratto «ingiusto».

sola generale di buona fede, alla capacità integrativa del principio di equità ed alla leva fatta sull'elemento della "causa", nella sua declinazione di causa concreta¹⁹ oppure all'interpretazione della categoria dell'abuso²⁰) che per quanto concerne l'opera del legislatore.

Senza passare in rassegna tutti gli interventi riconducibili in questa prospettiva, la legge n. 108/1996 rappresenta una delle tappe iniziali del più recente processo di correzione degli accordi (manifestamente) iniqui, andando a costituire il primo tassello di un modello regolativo in evoluzione²¹. Allo stesso anno risale poi il primo recepimento organico all'interno degli artt. 1469-*bis* ss. c.c. delle direttive comunitarie in materia consumeristica, oggetto in precedenza di leggi *ad hoc* per specifici settori commerciali; ed è di due anni dopo la posizione di un principio generale a tutela dei «diritti dei consumatori e degli utenti» (legge n. 281/1998): il diritto fondamentale alla «equità nei rapporti contrattuali» (art. 1, c. 2, lett. e). Il d.lg. n. 206 del 2005, più di recente, ha riordinato l'intera normativa ordinaria (d'ispirazione comunitaria) adottando il «Codice del consumo».

Proprio nell'ambito del diritto dell'UE, il controverso processo di armonizzazione del diritto dei contratti ha visto l'approvazione di un progetto relativo ad un possibile «Quadro Comune di Riferimento» (DCFR: *Draft Common Frame of Reference*)²². Allargando il piano dell'indagine, occorre dar conto della versione del 2010 dei *Principles of International Commercial Contracts* (PICC), elaborati dall'Istituto internazionale per l'unificazione delle norme del diritto privato (Unidroit).

Nell'ambito, poi, delle relazioni commerciali fra imprese, menzione particolare merita il fenomeno della contrattazione diseguale fra operatori commerciali, quan-

¹⁹ Lentamente, la giurisprudenza ha cercato di estrapolare una regola generale, «valevole di massima per tutti i contratti», basata sull'esigenza indefettibile che il contratto debba costituire manifestazione di una tendenziale adeguatezza dei sacrifici patrimoniali» (*amplius*, F. Volpe, *Contratto giusto*, in *Dig. disc. priv. Ssz. civ.*, *Agg.* I, Torino, 2007, p. 397 s.).

²⁰ Per tutti, Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, in *Contratti*, 2010, p. 5.

²¹ Art. 644 c.p., c. 3: «Sono altresì usurari gli interessi (...) e gli altri vantaggi o compensi che (...) risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità [...] quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria». Sul punto, C. Camardi, *Tecniche di controllo*, cit., pp. 837-839; R. Messinetti, *Il "falso" problema normativo della giustizia contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, pp. 615 ss.

²² Nello specifico, si tratta dell'edizione del 2009 dei *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, preparato dallo *Study Group on a European Civil Code* e dal *Reserch Group on EC Private Law (Acquis Group)*. Per una sintesi dello stato di avanzamento dei lavori v. il numero monografico di *Contr. impr./Europa*, 2012, I, e, ivi, S. Vogenauer, *Elaborare il Diritto Europeo dei Contratti* (anche in ordine all'ultimo tassello del processo, la pubblicazione da parte della Commissione Europea dei risultati dello "studio di fattibilità" sul progetto). Interessanti considerazioni sulla prima bozza del DCFR del 2008 in A. Somma, *Verso il diritto privato europeo? Il Quadro comune di riferimento nel conflitto tra diritto comunitario e diritti nazionali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1097 ss.; L. Nogler, cit., § 2; G. *Diritto contrattuale europeo*, cit., § 1; L. Nogler, U. Reifner, cit.

do tra soggetti imprenditoriali che operano sul mercato quali operatori in posizione di parità vengono a strutturarsi una serie di rapporti che, a dispetto dell'anodina forma della relazione negoziale, sono caratterizzati da legami di autorità-subordinazione istituiti dal contratto²³. In questo settore si può osservare la presenza di discipline particolari riservate a relazioni negoziali spesso contrassegnate da una disegualianza "giuridificata"; l'ordinamento, infatti, cristallizza l'asimmetria di potere in una norma giuridica al fine di delimitare lo sfruttamento della situazione di superiorità insita nel rapporto (e non solo sul mercato) ed allo scopo di apprestare forme di tutela della parte "debole" dello stesso²⁴. In questa prospettiva dev'essere letta la regolamentazione del rapporto di subfornitura industriale dettata dalla l. n. 192 del 1998, finalizzata a vietare «l'abuso da parte di una o più imprese dello stato di dipendenza economica nel quale si trova [...] un'impresa cliente o fornitrice» (art. 9, comma 1).

Ciò attesta bene la presa d'atto del legislatore dell'esistenza di posizioni di potere (non solo di tipo informativo²⁵) strutturalmente insite nella dinamica fisiologica delle relazioni negoziali formalmente paritarie, al fine di predisporre una disciplina applicabile a tutti i rapporti caratterizzati da detto squilibrio.

All'esito di queste tendenze, si può dire che la celebre formula di Fouillée (*qui dit contractuel dit juste*)²⁶ ha esaurito la sua validità. Il lento ma progressivo declino che ha subito questo postulato, a favore di un sempre più pervasivo intervento dello

²³ In queste reti, l'imprenditore continua ad essere libero, ma come il «passero [...] nella gabbia delle aquile» (l'immagine è di G. De Nova, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 640).

²⁴ A dimostrazione che il legislatore è ormai conscio che più «il potere economico si immerge nell'intrico delle reti d'impresa, più questa subordinazione assume nuovi volti» (A. Supiot, cit., p. 151). Sovente, infatti, i nuovi schemi giuridici consentono di stemperare nell'eguaglianza del mercato il potere caratterizzante i rapporti di gerarchia. Su questi aspetti v. L. Corazza, *"Contractual integration" e rapporti di lavoro*, Padova, 2004, spec. cap. II.

²⁵ Che esulano da fenomeni di patologia nel procedimento di formazione del consenso in cui può occasionalmente venirsi a trovare la libertà negoziale del singolo [V. Roppo, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul «terzo contratto»*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 685, anche nt. 36; R. Voza, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007, p. 208]; non a caso, a differenza della disciplina consumeristica, l'eventuale presenza di una trattativa individuale non vale ad escludere l'abuso e l'intervento eteronomo può incidere sulla parte economica dell'accordo (U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, p. 157; C. Castronovo, *Autonomia privata e costituzione europea*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 44 s.). Nei rapporti fra imprese in cui emergono profili di dipendenza economica, l'asimmetria strutturale si esprime nel classico *take it or leave it* in presenza dell'empirico «difetto d'interesse del potente, il quale non è disposto a negoziare clausole o statuti individuali perché può trovare sul mercato molte altre imprese disposte ad accettare discipline vessatorie pur di conseguire l'opportunità economica dell'affare. Lo squilibrio è in ciò: pochi o nulli sono i soggetti capaci di offrire l'opportunità dell'affare; molti i soggetti interessati ad aderire»: M. Orlandi, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. Gitti, G. Villa (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 161.

²⁶ A. Fouillée, *La Science sociale contemporaine*, Paris, 1897, p. 410; v. però le precisazioni di M. Boudot, *La giustizia contrattuale in Francia*, in *Eur. dir. priv.*, 2006, p. 638.

Stato nella disciplina dei rapporti privati, è noto²⁷. Dall'iniziale atteggiamento di "cautela" assunto dal sistema privatistico nei confronti delle crescenti ingerenze di fonti estranee rispetto al regolamento negoziale approvato dai contraenti, finalizzate a spiegare un intervento limitativo (o soppressivo) di quanto creato – o di quanto può essere creato – dall'iniziativa individuale, la crescente considerazione normativa della figura "proteiforme" del contraente debole ha determinato una complessiva destrutturazione del quieto panorama della regolamentazione delle relazioni negoziali, contribuendo allo scompaginamento dei consueti paradigmi di disciplina.

2.1. Sotto un profilo analitico, occorre focalizzare l'attenzione sugli scopi e sulle tecniche regolative impiegate negli interventi normativi richiamati.

Quanto al diritto dei consumatori, l'apparato protettivo si connota per la previsione di diritti «irrinunciabili»²⁸ e, nello specifico, la parte (III) che si occupa di disciplinare i rapporti fra professionisti e consumatori ruota attorno ad una dettagliata regolamentazione delle clausole contrattuali («vessatorie» e «abusive») per concludersi con l'art. 36, dedicato alla «nullità di protezione». Il rimedio eteronomo predisposto dal legislatore, azionabile unicamente su impulso della parte protetta, opera mantenendo in piedi il rapporto negoziale con l'espulsione della sola clausola viziata; una tecnica che continua ad esautorare la tradizionale categoria della nullità del contratto con funzione demolitoria (a vantaggio degli strumenti sostitutivi, di cui agli artt. 1419 e 1339 c.c.)²⁹, già collaudata nel settore della tutela dei consumatori/utenti³⁰ e che privilegia la revisione (*property rule*) al posto della risoluzione (*liability rule*).

È bene subito evidenziare come se siffatta disciplina rimediale è un ennesima testimonianza di come il principio della libertà contrattuale *non* riesca *più* a dar conto della reale posizione assunta dal sistema privatistico nei confronti delle manifestazioni negoziali dell'autonomia privata, nel diritto del lavoro lo stesso assunto *non* ha *mai* compiutamente spiegato le tecniche di regolamentazione dei rapporti

²⁷ In questa sede non è possibile intrattenersi sulle ragioni storiche di questo processo, né tantomeno limitarsi ad alcuni riferimenti della letteratura: vale, cioè, la precisazione di cui alla nt. 1.

²⁸ In uno al divieto di patti in deroga (art. 143 d.lg. n. 206/2005; v. altresì l'art. 78).

²⁹ V. Scalisi, cit., 284 ss. *Ex multis*, cfr. F. Di Marzio, *Verso il nuovo diritto dei contratti (note sulla contrattazione diseguale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 735; A. Plaia, cit., p. 710, nt. 11; A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità: la nullità del contratto di lavoro*, in A. Plaia (a cura di), *Diritto civile e diritti speciali. Il problema dell'autonomia delle normative di settore*, Milano, 2008, p. 174.

³⁰ Basti pensare (oltre al "sibillino" rimedio dell'«inefficacia», originariamente previsto all'art. 1469-*quinquies* c.c., poi abrogato dall'art. 142 cod.cons.: cfr. V. Roppo, *Parte generale del contratto*, cit., spec. p. 777), all'art. 127 d.lg. n. 385/1993 (T.U.B.), ove si prevede che le disposizioni riguardanti le operazioni ed i servizi bancari e finanziari «sono derogabili solo in senso più favorevole al cliente» e le nullità operano solo a suo vantaggio.

individuali e collettivi di lavoro fondate sull'inderogabilità della normativa legale e contrattuale. Pare cioè che il diritto del lavoro abbia (crono)logicamente anticipato i mutamenti di struttura e funzione che hanno interessato alcune categorie giuridiche, assurgendo – come in questo caso – a prototipo da imitare³¹.

Con la nullità di protezione l'ordinamento persegue l'obiettivo di riequilibrare le posizioni dei contraenti in un'ottica di politica del diritto evidente e che emerge dalla disciplina complessiva contenuta nel d.lg. n. 206 del 2005. Se si escludono le c.d. «clausole abusive» (elencate nell'art. 36, comma 2, nulle in quanto palesemente inaccettabili in una relazione negoziale «civile»), le pattuizioni individuali comportanti un «significativo squilibrio» (art. 33, comma 1) fra le parti possono essere espulse dal contratto di consumo – che rimane in vita – a meno che le stesse non siano state «oggetto di trattativa individuale» (art. 34, comma 4). Peraltro, l'accertamento del carattere vessatorio di tali clausole «non attiene alla determinazione dell'oggetto del contratto, né all'adeguatezza del corrispettivo dei beni e dei servizi».

È possibile allora riassumere il meccanismo di tutela predisposto dal legislatore italiano a favore del consumatore: l'intervento eteronomo attiene al solo profilo «normativo», riguardando esclusivamente il complesso delle situazioni giuridiche soggettive delle parti diverse dal cuore economico dello scambio³².

Inoltre, l'intervento ri-equilibratore del giudice non può prevaricare l'autonomia contrattuale; infatti, se costituisce esito di una trattativa individuale, l'accettazione di clausole squilibrate a favore del professionista non tollera alcuna reazione paternalistica³³. L'operazione emendativa, dunque, pur alterando «l'assioma della intoccabilità dell'atto di autonomia privata»³⁴, è finalizzata ad apprestare una tutela di

³¹ La categoria delle nullità di protezione, per es., è «fortemente tributaria di una impostazione lavoristica da sempre attenta all'effettività del rimedio» (A. Lo Faro, cit., p. 227).

³² Il punto è pacifico in dottrina; infatti, «non vi è bisogno di un'indagine sull'equità economica del contratto, poiché a quest'ultima il consumatore può far fronte semplicemente rivolgendosi ad altri migliori offerenti» (E. Navarretta, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. Gitti, G. Villa, cit., p. 320). Questo è l'attuale assetto regolativo della materia, con la precisazione che la verifica della congruità del «prezzo» dell'affare non è esclusa dal diritto dell'Ue; infatti, «gli Stati membri possono adottare una normativa nazionale che autorizza un controllo giurisdizionale del carattere abusivo delle clausole contrattuali vertenti sulla definizione dell'oggetto principale del contratto o sulla perequazione tra il prezzo e la remunerazione [...] e i servizi o i beni che devono essere forniti in cambio» (CGUE 3 giugno 2010, *Caya de Aborros*, C-484/08, in *Contratti*, 2010, p. 180, che ha giudicato conforme all'ordinamento europeo la legge spagnola che consente al giudice di sindacare anche il contenuto economico del contratto di consumo). È possibile, dunque, trarre due valutazioni: per un verso, che la latitudine del potere modificativo del negozio attribuita al giudice costituisce una scelta (nazionale) di pura politica economica (e sociale); per l'altro, che la pronuncia pone le premesse per una potenziale, ennesima, riconsiderazione della giustizia del regolamento negoziale, perché capace di far «calare definitivamente il sipario sul contratto» (cfr. A. Spadafora, *Il demiurgo del contratto alla ricerca del «giusto prezzo?»*, in *Giur. civ.*, 2011, p. 1113 ss., in chiave fortemente critica).

³³ V. ora V. Scalisi, cit., p. 270 ss., anche per le opportune precisazioni.

³⁴ C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 2000, p. 394.

tipo “informativo” al consumatore³⁵. Fermo restando il valore – non negato, ma anzi riaffermato – dell’autonomia individuale, la disciplina protettiva basata sulla nullità speciale delle clausole vessatorie non negoziate si spiega su un piano diverso: occorre stabilire in via eteronoma un equilibrio negoziale normativo espungendo dal regolamento quelle clausole causate proprio dall’asimmetria informativa insita nel rapporto consumatore-professionista³⁶.

Nella stessa ottica si può inquadrare la disposizione contenuta all’art. II.-7:207 del DCFR (*Unfair Exploitation*) che predispone un’unitaria fattispecie in cui il contraente che abbia subito l’abuso della posizione forte della controparte, concretizzata in un regolamento gravemente sproporzionato in relazione allo scambio contrattuale, può chiedere al giudice un intervento correttivo ed orientato a riequilibrare le prestazioni corrispettive³⁷. Trattasi di una norma ad applicazione generale, se è vero che supera la tutela «meramente difensiva» contenuta nella norma generale interna di cui all’art. 1341, c. 2, c.c. nel momento in cui attribuisce al giudice il potere di ri-scrivere il regolamento negoziale alterato da situazioni in cui l’autonomia negoziale mostra segni di patologia³⁸.

Un ulteriore tassello di comprensione delle recenti prospettive regolative del nuovo diritto dei contratti può essere desunto dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali introdotta dal d.lg. n. 231/2002 (in attuazione della direttiva 2000/35/Ce) e recentemente modificata dal d.lg. n. 192/2012 (a seguito della direttiva “di rifusione” 2011/7/UE), nell’ottica di tutelare il creditore di prestazioni pecuniarie in presenza di accordi gravemente iniqui³⁹. Anche in questo caso, la

³⁵ Nella medesima ottica possono leggersi i “diritti di ripensamento” a favore del consumatore e gli “obblighi informativi” in capo al professionista posti dagli artt. 39 ss. cod.cons. Sul punto si deve ricordare come l’utilizzo della tecnica del (neo)formalismo negoziale costituisce uno strumento efficace anche (se non solo) per la parte “forte” del contratto, «nel senso che l’assolvimento del vincolo cui questa è tenuta costituisce per essa garanzia della regolare esecuzione del rapporto, ovvero di prevenzione di conflitti [...] vincoli formali che la c.d. parte forte è spesso ben lieta di assolvere» (M. D’Onghia, *La forma vincolata nel diritto del lavoro*, Milano, 2005, p. 53).

³⁶ R. Pardolesi, *Conclusioni*, in G. Gitti, G. Villa, cit., p. 343; ecco «perché il consumatore è ignorante ed è bene che rimanga tale; quella sua situazione di incapienza informativa esprime il massimo di razionalità da lui esigibile, pena, altrimenti, la sua ghettizzazione in un mondo in cui passare tutto il tempo disponibile [...] a cercare di raggranellare un’informazione che normalmente non serve».

³⁷ U. Breccia, *La parte generale tra disgregazione del sistema e prospettive di armonizzazione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2008, p. 393.

³⁸ C. Castronovo, cit., p. 21. G. Vettori, *Il diritto dei contratti fra Costituzione, codice civile e codici di settore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, spec. p. 567, richiama l’affinità della disposizione con l’art. 22 del progetto italo-francese di riforma delle obbligazioni del 1929 («se le obbligazioni di uno dei contraenti sono del tutto sproporzionate ai vantaggi che egli trae dal contratto e alla prestazione dell’altro contraente, di maniera che, secondo le circostanze, debba presumersi che il suo consenso non sia stato sufficientemente libero, il giudice può, su domanda della parte lesa, annullare il contratto o ridurre l’obbligazione»).

³⁹ Non a caso, il “naturale” campo di applicazione del d.lg. n. 231/2002 coincide con il raggio di operatività

tecnica normativa non è nuova (e solo per aspetti di dettaglio si distacca dal regime utilizzato nel d.lg. n. 206 del 2005): previsione di norme che fissano i termini del pagamento e la misura degli interessi di mora (art. 4) e solito rimedio della nullità, pronunciabile dal giudice a seguito dell'accertamento della presenza di clausole risultanti gravemente inique della posizione del creditore, con applicazione delle condizioni legali o riconduzione ad equità degli accordi (art. 7).

Il tratto distintivo che affiora dalle tendenze normative passate in rassegna è l'avvento di una progressiva «laburizzazione» del diritto che disciplina le relazioni economiche, ormai consapevole di non poter più ignorare quell'asimmetria di potere fra gli operatori occultata dalle neutre costruzioni dogmatiche sotto l'effigie della libertà negoziale; il tessuto normativo, infatti, è sempre più permeabile alle istanze di protezione di particolari interessi sui quali s'innervano i rapporti produttivi e adotta modelli regolativi (congegnati o, perlomeno) collaudati nel diritto del lavoro⁴⁰.

Sottolineato questo processo evolutivo, tuttavia, occorre volgere lo sguardo al di là dell'accostamento fra *tecniche* normative, per sondare i *contenuti* delle tutele dell'attuale *trend*, comunemente ascritto alla graduale generalizzazione della prospettiva della «giustizia contrattuale»⁴¹, filo conduttore degli interventi normativi nazionali e delle proposte di armonizzazione della materia riscontrabili nel panorama europeo e internazionale.

Tuttavia, come già anticipato, la giustizia contrattuale può essere intesa come un *problema* (che può essere posto anche in maniera strumentale, al solo fine di liberarsene), come un *principio* (che potrebbe sovrintendere all'intero settore delle negoziazioni) ovvero come un *valore* (che l'adozione di determinate misure normative può rendere meno irraggiungibile)⁴².

Se è vero che l'ordinamento non interviene «di fronte a qualunque ingiustizia», richiedendo che lo squilibrio giuridico sia «significativo» (art. 33 cod.cons.; art. 4:110 PECL) o «eccessivo» (art. 9 l. n. 192 del 1998; art. 3.2.7 PICC) e l'iniquità «grave» (art. 7 d.lg. n. 231 del 2002)⁴³, non si può negare che oggi – dopo un lungo

della disciplina della subfornitura (v. art. 3 legge n. 192/1998), posta la finalità di «prevenire l'accumulo di potere da parte dell'impresa dominante che possa ottenere liquidità aggiuntiva a spese dei suoi creditori» (G. Villa, *Invalidità e contratto in situazione asimmetrica*, in G. Gitti, G. Villa, cit., p. 120 s.); lo si desume altresì dai *considerando* della direttiva 2011/7/UE.

⁴⁰ A. Lo Faro, cit., p. 227.

⁴¹ Cfr. le battute conclusive di N. Lipari, *Parte generale del contratto e norme di settore nel quadro del procedimento interpretativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2008, p. 1 ss., cui *adde*: C.M. Bianca, cit., p. 396; F. Volpe, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli 2004, p. 53 e *passim*; il volume di A. D'Angelo, P.G. Monateri, A. Somma, *Buona fede e giustizia contrattuale. Modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto*, Torino, 2005.

⁴² Cfr. F. Di Marzio, cit., p. 742, con ulteriori richiami bibliografici.

⁴³ L'intrusione esterna, infatti, viene postulata solo nelle ipotesi in cui lo sfruttamento di una posizione di potere contrattuale (*ex se* irrilevante) assuma le sembianze di un abuso (U. Perfetti, cit., p. 365; V. Scalisi,

percorso iniziato con i primi barlumi dell'età della decodificazione – il diritto dei contratti non sia più il regno dell'anomia che spetta ai privati colmare attraverso l'esercizio dell'autonomia negoziale; attengono alla fisiologia regolativa gli interventi (legislativi e/o giurisprudenziali) finalizzati a riequilibrare situazioni asimmetriche giudicate intollerabili con strumenti di controllo non più reputati eccezionali⁴⁴. Se fino a qualche tempo fa non aveva tanto senso interrogarsi sul plusvalore marginale ottenuto dalle parti perché il contratto era lo strumento per spuntare una prestazione ottimale cercando di limitare al minimo il contro-sacrificio patrimoniale (cercare tale vantaggio era "legittimo"; ottenerne il risultato "giusto"), sembra ora ribaltata quella logica che qualificava l'accezione "giustizia contrattuale" come una contraddizione in termini⁴⁵.

In siffatta direzione, è possibile isolare due differenti approcci regolativi sperimentati negli ultimi tempi nell'ambito del diritto contrattuale, entrambi dichiaratamente finalizzati alla predisposizione di strumenti in grado di porre le parti in una situazione di (tendenziale) equilibrio negoziale: *a*) l'intervento finalizzato alla riduzione di quelle asimmetrie informative che non consentono ai contraenti di condurre una trattativa in eguale posizione di partenza; *b*) il complesso di strumenti tipizzati dal legislatore per controllare l'equilibrio sostanziale delle prestazioni, almeno in alcuni dei suoi aspetti, lambendo il cuore economico dell'affare.

Scotando l'arbitrarietà delle convenzioni e concentrando l'analisi sull'ultimo ventennio, si può dire che nei tempi "post-moderni" i colpi inferti alla libertà contrattuale traggono ispirazione dagli assiomi neoclassici dell'analisi economica del diritto: lo squilibrio negoziale non è determinato solo da quelle condizioni *patologiche* (dolo, errore, violenza, pericolo, bisogno) che, incidendo sulle posizioni delle parti, pregiudicano una corretta formazione della volontà; vi sono delle situazioni *fisiologiche* che preesistono all'accordo ed interessano sempre il procedimento formativo della volontà individuale, con l'effetto di distorcere il funzionamento del mercato e di causare squilibrio nel rapporto⁴⁶.

cit., p. 273): solo a queste condizioni «il diritto dei contratti è disposto a reagire»; per il resto, «l'ineguaglianza del potere contrattuale è stata in qualche modo metabolizzata, tradotta in un fenomeno fisiologico» (G. Marini, *Distribuzione e identità nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 79).

⁴⁴ F. Volpe, *Contratto giusto*, cit., p. 385; A. Perulli, *Diritto del lavoro*, cit.; U. Perfetti, cit.; V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 928 s.

⁴⁵ Emblematiche le parole di R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Milano, 2004, I, p. 17 ss.: «È una prima gravissima svista, pensare che il contratto sia un'operazione in cui la somma dei vantaggi e delle perdite delle parti è pari a zero. Chi in buona fede ha in mente questo strafalcione passerà poi il suo tempo a cercare una regola onesta, che impedisca al primo contraente di guadagnare, onde impedire che il secondo contraente perda. Chi ragiona così vede poi in ogni scambio una estorsione, operata da un contraente (...forte) ai danni dell'altro (...debole)».

⁴⁶ R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, *Il mercato e le regole. Analisi economica del diritto civile. I. Fondamenti*, Torino, 2006, p. 65 s.

Dapprima, il legislatore comunitario ha iniziato a porre incisivi obblighi d'informazione in capo alle parti dotate di maggiore forza contrattuale, attribuendo rilevanza giuridica alla strutturale imperfezione che intesse il mercato e cercando di intervenire prima del perfezionamento del vincolo negoziale, nella convinzione che riequilibrando le premesse dell'accordo, quest'ultimo possa davvero risultare "giusto"⁴⁷. Nella filosofia che ispira i cultori dell'*EAL* non ha cittadinanza l'idea secondo cui «un contraente può essere irrimediabilmente condizionato dalla propria posizione sociale o economica»⁴⁸; nella parabola iniziale del nuovo diritto dei contratti (quello "post-moderno", per intenderci) lo strumento per correggere lo squilibrio negoziale riguarda le sole asimmetrie informative ed opera all'esterno del contratto, lasciando impregiudicati i termini del successivo accordo⁴⁹.

In questa prospettiva, quello della giustizia nel regolamento contrattuale è un problema appena evocato, dal momento che l'ottenimento di un rapporto equilibrato è una pura eventualità economica. La funzione del nuovo diritto contrattuale (che potremmo definire) "di prima generazione" è limitata alla posizione delle premesse (la c.d. «regola di informazione») per un'equilibrata soluzione del conflitto d'interessi, senza imporre un determinato assetto del regolamento negoziale («regola di contenuto»)⁵⁰. Cercando di rendere agibili le vie d'accesso al mercato⁵¹, l'inter-

⁴⁷ "Giusto" nel senso chiarito nel testo; anche perché la giustizia è considerata dall'*EAL* uno dei «concetti interamente soggettivi e etici/metafisici (come la bellezza e il fascino) che mancano di una base sostanziale e di un'unità di misura comune» (B.E. Kaufman, *Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale*, in *Dir. rel. ind.*, 2009, p. 275).

⁴⁸ A. Somma, *Il diritto privato liberista. A proposito di un recente contributo in materia di autonomia contrattuale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 266 (qui accenni alla sociologia dei ruoli). La migliore dimostrazione di questa linea d'intervento si riscontra nella prima strategia comunitaria seguita nelle direttive consumeristiche, in cui al consumatore viene attribuito il diritto ad un'esaustiva informazione sui termini della transazione che andrà a concludere; emerge chiaramente come lo stesso sia considerato un individuo «capace di compiere scelte meditate e consapevoli [in un'unica parola: "giuste"] nel momento in cui viene in possesso di un livello adeguato di conoscenze». V. pure F. Volpe, cit., spec. p. 100 ss.; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino 2006, p. 91.

⁴⁹ Nella sua versione neo-classica (quella cioè che «riconduce ogni regola al calcolo di utilità in quanto fondamento e insieme metro di misura della sua legittimità», in una prospettiva ove «non vi sono che diritti individuali» e «il Diritto in quanto bene comune scompare»: A. Supiot, cit., p. 16), l'*EAL* si pone l'obiettivo razionale di fare in modo che le parti beneficino *ex ante* del diritto dei contratti, in guisa da fornire le corrette premesse per la formazione di un efficiente equilibrio negoziale (cfr. R. Pardolesi, *Analisi economica del diritto*, in *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, Torino, 1987, I, p. 317).

⁵⁰ R. Voza, *L'autonomia individuale*, cit., p. 204 s. stilizza il messaggio veicolato dal diritto dell'autoresponsabilità: «Fatti furbo, leggi bene, non farti ingannare». Nessuna novità, se è vero che «un uomo non si lascia intimorire. E s'egli è negligente, peggio per lui: *ius civile vigilantibus scriptum est*. Giunto alla pubertà, ciascuno è padrone del proprio patrimonio» (E. Gianturco, *L'individualismo e il socialismo nel diritto contrattuale*. Napoli, 1891, p. 9).

⁵¹ Perché «il contraente è libero se il suo contratto riflette il mercato, è coatto se l'accesso al mercato gli manca» (ancora, R. Sacco, G. De Nova, cit., pp. 27 s., 612).

vento eteronomo non (ri)stabilisce l'equilibrio negoziale, avendo ad oggetto la sola «struttura del consenso contrattuale»⁵².

Il tema della giustizia “materiale” del regolamento negoziale s'affaccia nel quadro del nuovo diritto dei contratti quando la causa dello squilibrio negoziale non è più ricondotta alla sola asimmetria cognitiva.

Nel momento in cui l'ordinamento prende atto della presenza di altri fattori ineliminabili nell'assetto dell'economia di mercato che incidono sulla «formazione paritaria del contenuto contrattuale»⁵³ pone le premesse per legittimare strumenti di controllo del concreto equilibrio negoziale. Gli accordi risultano squilibrati anche per l'asimmetria delle condizioni sociali e la diseguaglianza strutturale degli operatori economici, variabili causate dalla presenza di soggetti che operano in situazione di monopolio o comunque “controllando” il mercato⁵⁴. Ove la regola d'informazione non riesce a conseguire l'obiettivo sperato, l'intervento eteronomo preordinato alla realizzazione di scambi più equi può legittimare operazioni regolative finalizzate a porre rimedio a tutti i casi di *market failures*.

Occorre, però, sottolineare sin da subito come la logica che sta alla base non muta, ma si affina: si appalesa l'opportunità dell'intervento regolativo per prevenire eventuali fallimenti delle regole del mercato concorrenziale (ovvero al fine di scartare dal traffico giuridico i suoi prodotti inefficienti)⁵⁵.

Questo cambio di prospettiva è nitidamente decifrabile quando la relazione negoziale istituita dal contratto non resta sul mercato (dei consumatori) né si esaurisce *uno actu*, costituendo la fonte di un vincolo che si proietterà nel tempo e sarà caratterizzato dall'introduzione della parte debole nella sfera di potere di quella gerarchicamente sovraordinata. Qui non si tratta di preservare un ingenuo consenso informato, ma di ordinare un rapporto che vede la presenza di una parte che può (finanche deve) comandare (ed è efficiente che lo faccia), senza però abusare⁵⁶.

⁵² A. Somma, *Il diritto privato liberista*, cit., *passim*. A tal proposito, la dottrina utilizza termini come *fredda* «giustizia in senso soltanto formale» o «non giustizia» della c.d. *giustizia procedurale* (V. Scalisi, cit., rispettivamente pp. 264, 259; v. pure L. Nogler, U. Reifner, cit., p. 23).

⁵³ U. Breccia, cit., p. 377.

⁵⁴ Id. Talvolta viene addirittura a mancare uno dei presupposti stessi del mercato, «la possibilità di determinarsi diversamente» (M. Barcellona, cit., p. 92, sulla nuova disciplina in materia di subfornitura); v. pure R. Cooter, U. Mattei, P.G. Monateri, R. Pardolesi, T. Ulen, cit., p. 61 ss.

⁵⁵ Accettando un possibile intervento *ex post*, a fallimento constatato (R. Pardolesi, *Conclusioni*, cit., p. 317; B.E. Kaufman, cit., p. 285).

⁵⁶ Cfr. A. Zoppini, *Premesse sistematiche nell'analisi del recesso nel contratto tra imprese*, in G. Gitti, G. Villa, cit., § 8. Quando il legislatore protegge l'impresa “debole” contrastando il ritardo nei pagamenti delle transazioni commerciali (U. Perfetti, cit., p. 224 s.) oppure evitando gli *switching costs* che l'azienda dipendente dovrebbe affrontare per riutilizzazione gli investimenti idiosincratici in ipotesi di recesso dal rapporto (B. Tassone, «Unconscionability» e abuso di dipendenza economica, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 543 ss.; C. Camardi, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei*

2.2. Sugli elementi accennati si sviluppa il nuovo diritto dei contratti «di seconda generazione», che abbandona le illusorie prospettive di correzione esclusiva delle asimmetrie informative, senza però allontanarsi dalla sua ispirazione economica, anzi perfezionandola. Il suo fondamento giustificativo ed il suo valore di riferimento è sempre il «mercato». Quando si constata che l'intervento sulle pre-condizioni dell'autonomia negoziale non è sufficiente a garantire il libero gioco della concorrenza, il diritto privato dei contratti da "liberista" si trasforma in "ordoliberalista": l'ottica dell'intervento eteronomo si estende al controllo del contenuto negoziale (aprendo definitivamente la strada al tema della giustizia contrattuale) in maniera funzionale a garantire il valore del mercato, perfezionando gli strumenti che ne preservano ordine e corretto funzionamento⁵⁷.

L'intervento micro-economico sul singolo contratto (magari squilibrato perché frutto di un abuso perpetrato dal contraente forte ai danni di quello debole esposto allo strapotere negoziale della controparte) è lo strumento per il perseguimento della finalità macro-economica: rimediare ai fallimenti del mercato diversi dalla mera asimmetria informativa, per garantire sempre il suo corretto funzionamento. È il controllo sull'«autofagia» del mercato: poiché «il mercato è un sistema che tende a dissolvere le condizioni della sua stessa esistenza»⁵⁸, l'ordinamento giuridico provvede con misure correttive dei singoli affari a preservare le condizioni della sua permanenza come istituzione fondativa dell'economia contemporanea, attraverso imperativi «volti a mantenere in vita coattivamente il mercato – per così dire – contro se stesso»⁵⁹. Peraltro, se è vero che l'autodeterminazione individuale corrisponde al

rapporti di scambio e nei rapporti «reticolari», in Riv. crit. dir. priv., 2005, p. 564 s.), si allontana dalla teoria dell'efficient breach of contract tanto cara all'approccio neoclassico di L&E. L'ordinamento, infatti, non considera più legittima (anche se efficiente) una decisione economica (l'inadempimento ovvero lo scioglimento del vincolo negoziale) se la stessa pregiudica il meccanismo concorrenziale della rete. Cfr. R. Messinetti, cit., spec. p. 625.

⁵⁷ A. Somma, *Verso il diritto privato europeo*, cit.: si tratta di misure normative che perfezionano le forme di capitalismo ordinato ("ordoliberalismo") già «sviluppate a partire dalla fine dell'ottocento per far fronte al fallimento della mano invisibile, e precisate dal punto di vista teorico nella prima metà del novecento». Cfr. pure G. Marini, cit., p. 79 s.; M. Mantello, *Autonomia dei privati e problemi giuridici della solidarietà*, Milano, 2007, p. 267 ss.; S. Mazzamuto, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. impr./Europa*, 2005, p. 523 ss. La correzione dei fallimenti di mercato, infatti, «non è altro che la risposta in termini di giustizia contrattuale adottata dal pensiero utilitarista» (A. Plaia, cit., p. 706, nt. 5; G. Smorto, *La giustizia contrattuale. Contributo alla definizione di un concetto*, in *Mat. stor. cult. giur.*, 2008, p. 221 s.; Id., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 252 ss.), senza intaccare la constatazione che «*Social disadvantages do not exist*» (così L. Nogler, U. Reifner, cit., p. 41, in riferimento al DCFR). È l'approdo (suggellato dall'art. 3 TUE) ad una visione utilitarista e ordoliberalista dell'economia, sostitutiva di quella (neo)liberista.

⁵⁸ M. Barcellona, cit., p. 307, con specifico riferimento ai processi di concentrazione e centralizzazione dei capitali che soppiantano il funzionamento del mercato concorrenziale.

⁵⁹ Id.; S. Mazzamuto, cit., p. 530 ss.

codice delle modernità e che non c'è mercato senza signoria della volontà, «non ogni corollario della signoria della volontà è coerente con i corollari del mercato»: nell'esclusiva ottica di mercato, l'ordoliberalismo sostituisce alla figura "simbolica" della volontà individuale la *ratio* "funzionale" del mercato concorrenziale⁶⁰.

Così precisato il nuovo scenario economico, è possibile fornire un inquadramento unitario – pur con le differenze sottolineate – alle prescrizioni nazionali ed internazionali (positivamente vigenti ovvero nell'agenda dei *policy makers*) che legittimano controlli su aspetti del regolamento negoziale allo scopo di correggere i risultati diseconomici indotti dall'abuso di una situazione di disparità di potere negoziale causata da un fallimento del mercato. Non collide col (anzi è riconducibile al) pensiero ordoliberale «l'idea che la promozione del benessere economico individuale può essere imposta contro il tenore dell'accordo, nella misura in cui ciò sia utile a prevenire o rimediare ai "fallimenti del mercato"⁶¹; la regolazione, informata a criteri ritenuti di «giustizia contrattuale», può così contemplare un'elevata quantità di limitazioni alla libertà individuale nell'ottica di rendere più soddisfacente l'etica degli affari ed efficiente il funzionamento del mercato⁶².

Il nuovo *trend* regolativo sposta il baricentro dell'intervento eteronomo al di là della libera integrità del volere⁶³; il contratto non è più il regno dell'incondizionata autonomia individuale, ma è lo strumento giuridico che consente di realizzare lo scambio di mercato. Non limitato ad incidere solo sulle precondizioni del consenso negoziale, l'impostazione dogmatica del contratto non riposa più sul fenotipo tradizionale, accantonato per valorizzare la funzione del contratto-scambio⁶⁴. In ogni caso, gli interventi eteronomi di correzione di rapporti contrattuali squilibrati non

⁶⁰ M. Barcellona, cit., pp. 280-284; «il controllo di merito dell'autonomia privata risulta così rivolto ad espungere i contratti impropri dal punto di vista del mercato», infrangendo la ragione volontaristica per subordinarla a quella mercantile: «è giusto ciò che è voluto ma solo a condizione che sia anche voluto dal mercato»; lo scambio fissato nel contratto è sostituito dallo scambio «che si sarebbe determinato in un mercato efficiente» (Id., p. 309).

⁶¹ A. Somma, *Verso il diritto privato europeo*, cit., p. 1111.

⁶² G. Alpa, *L'incidenza della nuova disciplina delle clausole vessatorie nei contratti dei consumatori sul diritto comune*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, p. 245.

⁶³ R. Voza, *L'autonomia individuale*, cit., p. 207 s.

⁶⁴ «Il contratto-consenso scompare per far trionfare il contratto-scambio» (R. Sacco, G. De Nova, cit., p. 47). Scrive M. Barcellona, cit., p. 265: per effetto di questo mutamento di prospettiva «il problema cessa di essere quello dei rimedi a protezione della libera, piena e consapevole determinazione negoziale e diviene quello dei rimedi contro gli scambi che fuoriescono dagli usuali parametri mercantili». *Adde* P. Femia, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre? Per una teoria giuridica della contrattazione*, in G. Gitti, G. Villa, cit., p. 297 s.: «Nel vecchio diritto qualunque esito di contrattazione era valido, purché voluto; nella nuova giuseconomia soltanto un esito di contrattazione è consentito: quello razionale secondo l'efficienza allocativa; il resto è scarto, anomalia, retaggio dell'oscurità del passato, realtà da sradicare [...]. È la *necessità radicale* del contratto giuseconomico, l'inevitabile abbraccio mortale della razionalità», la necessità di fare «pulizia economica»: A. Somma, *Dal lavoratore al consumatore. Cittadinanza e paradigma giuslavoristico*

costituiscono rispetto al postulato mercantile “altro da sé”; sono invece misure che investono il singolo scambio per cercare di adattarlo ad un mercato “ideale”⁶⁵ (perfettamente concorrenziale), nella realtà alterato da fattori disfunzionali (qual è l’abuso di dipendenza): intervenire su questi ultimi consent(irebb)e di correggere quegli aspetti dello scambio non riconducibili alla logica del mercato attraverso proprio l’utilizzo di un precetto giuridico – la giustizia contrattuale – che si nutre di un contenuto esclusivamente economico⁶⁶.

Se «l’equità del contratto è la sua aderenza al mercato, la giustizia contrattuale è la sua adeguatezza al mercato, le prestazioni sono proporzionate se la loro misura riflette il mercato»⁶⁷, il nuovo diritto dei contratti di seconda generazione ha finalmente incontrato la giustizia contrattuale, dando vita ad una *crasi*.

Sotto questo profilo, gli interventi normativi incarnano perfettamente quella strategia ordoliberalera a protezione dell’efficienza mercantile, bene giuridico che consente di riepilogare, ricondurre ad unità e giustificare misure di regolazione degli scambi tendenti a correggere affari oggetto di squilibrio contrattuale (genetico o sopravvenuto)⁶⁸. Depone in questa direzione la comune base normativa posta a fondamento delle norme di fonte europea: il ravvicinamento delle legislazioni al fine di garantire concorrenza nel mercato interno⁶⁹. L’interesse “individuale” della parte debole del rapporto protetto nella regolamentazione dell’equilibrio economico è trasceso dalla finalità perseguita con il complesso della disciplina eteronoma, la tutela della libertà di concorrenza quale interesse “generale”, senza alcuna «sospensione della logica mercantile»⁷⁰, essendo invece la vigenza di quest’ultima a sollecitare la determinazione legale.

nell’economia sociale di mercato, in G.G. Balandi, G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana. Materiali dall’incontro di studio-Ferrara, 24 ottobre 2008*, Milano, 2009, p. 151.

⁶⁵ S. Mazzamuto, cit., p. 530; M. Barcellona, cit., pp. 342, 336: «questa giustizia non mette in discussione la filosofia che sta dietro al sistema del contratto, ma si limita ad abbreviare la distanza tra modello e realtà»; in senso adesivo A. Plaia, cit., p. 717, che aggiunge: «il diritto qui non sovrappone affatto una *ratio* politica ad una *ratio* mercantile».

⁶⁶ M. Barcellona, cit., p. 282: «oltre a metro dello squilibrio contrattuale, il mercato è assunto a misura della sua correzione»; l’efficienza, infatti, è «il criterio ultimo di validazione» (P. Femia, cit., p. 298).

⁶⁷ È la realistica immagine disegnata da R. Sacco, G. De Nova, cit., p. 26.

⁶⁸ Come scrivono L. Nogler, U. Reifner, cit., p. 51: «*the DCFR [...] is only functional with regard to the market principle and is not oriented towards protecting the personality of the debtor and his or her lifetime*».

⁶⁹ Se l’intero diritto comunitario in materia di consumatori trova la sua ragion d’essere nell’art. 97 TCE, sugli artt. 141 ss. TFUE si fonda la direttiva 2011/7/UE (*considerando* n. 12 e art. 1). Cfr. L. Mengoni, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.; S. Mazzamuto, cit., p. 528; U. Perfetti, cit., p. 223 ss.

⁷⁰ A. Plaia, cit., p. 710. È vero, sono operazioni che possono determinare «benefici effetti di rimbalzo su fasce sociali strutturalmente deboli», ma si tratta sempre di un accidente, mai del movente (M. Barcellona, cit., p. 308; S. Mazzamuto, cit., p. 531).

L'obiettivo dell'efficiente funzionamento del mercato, dunque, non è incompatibile con istanze di giustizia contrattuale da garantire all'interno delle singole operazioni negoziali, essendo il rimedio giustiziale il *mezzo* piegato al *fine* concorrenziale.

Il mercato sembra essere il *fine* ultimo (ed il *limite*) delle più recenti tendenze regolative; ciò permette di non considerare antinomici gli obiettivi del mercato concorrenziale e di siffatto tipo di giustizia contrattuale. Nel momento in cui l'ordinamento immunizza il mercato, quest'ultimo assurge a riferimento assiologico unico (potenzialmente "tiranno") delle regole dei rapporti contrattuali di tipo economico, senza che altri valori possano contemperarne il perseguimento.

3. Si è già evidenziato come nel dibattito dottrinale le tecniche normative impiegate e le esigenze di tutela (della riassuntiva figura) del contraente debole vengano abitualmente ascritte al modello regolativo giuslavorista, edificato su un contratto che si caratterizza per quella situazione di asimmetria negoziale e personale che affonda le radici in una condizione sociale formalizzata dall'ordinamento: alla luce di ciò, è bene da subito porre in rilievo come l'implicazione oggettiva della (dignità della) persona di uno dei contraenti – quale legittimazione logico-razionale di una normativa precipuamente indirizzata a tutelare interessi di carattere extra-patrimoniale – non è un elemento rintracciabile in nessuno dei contratti civili.

È indubbio che la pratica degli affari ha da tempo dato vita a rapporti economici che si connotano per un'evidente posizione di squilibrio di potere fra le parti. Ciò che difetta è una relazione giuridificata di autorità/subordinazione, potendo riscontrarsi solo un'asimmetria socio-economica che preesiste all'insorgenza del vincolo contrattuale e che non è "sanzionata" dall'ordinamento (si pensi alla posizione del conduttore di immobili adibiti ad uso abitativo, dell'affittuario di fondi rustici e a quella, paradigmatica, del consumatore), restando una variabile di fatto esterna al rapporto e che non assurge ad elemento della fattispecie giuridica. Anche quando la l. n. 192 del 1998 "suggella" l'esistenza di relazioni di potere nel mercato e la presenza di un rapporto giuridicamente diseguale fra le parti del contratto, nella posizione di soggetto passivo del potere non vi sono delle persone fisiche⁷¹.

Ciò posto sul piano della *fattispecie*, se si pone l'attenzione su alcuni aspetti della *disciplina* del rapporto si desume il diverso punto d'equilibrio fra mercato e solidarietà a cui il diritto del lavoro è approdato nel corso del Novecento.

⁷¹ Forse, un discorso in parte differente si potrebbe condurre per la figura limite del lavoratore autonomo o piccolo imprenditore mono-committente che utilizza solo attività personale e, ovviamente, per il lavoratore parasubordinato; non è questa, però, la sede più opportuna, anche perché la possibile assimilazione sotto il profilo della fattispecie non trova riscontro, sul piano dello *ius conditum*, in una "giusta" disciplina protettiva: per interessanti osservazioni v. E. Russo, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. impr.*, 2009, p. 120 ss.

Si pensi alla disciplina del trasferimento del lavoratore (art. 2103 c.c.), ove la *ratio* che ispira la norma è l'impossibilità giuridica (ma posta la possibilità in termini economici) di considerare il lavoratore come una merce, come qualsiasi altro bene strumentale allo svolgimento dell'intrapresa economica. Ebbene, nel regolare le relazioni interne all'organizzazione produttiva, il legislatore disciplina il rapporto fra l'imprenditore e i suoi beni aziendali (prescindendo dal titolo di disponibilità delle singole risorse) non dedicandosi a casi e modi per procedere al loro trasferimento da un luogo ad un altro (interessandosi, al contrario, della sola fase patologica: eventuali conseguenze successive a violazioni di clausole contrattuali o a causa di responsabilità aquiliane). Con la norma codicistica, invece, l'ordinamento disciplina la fisiologia del rapporto fra datore e lavoratore andando oltre il mercato, non occupandosi espressamente della prestazione lavorativa (del lavoro) ma della persona che si obbliga ad adempierla (del lavoratore): nella disposizione richiamata la funzione assolta dalla norma giuridica non è la regolazione di una relazione di mercato, ma la tutela della persona(lità) di uno dei contraenti.

È stata in precedenza evocata la figura della "risoluzione efficiente". Un'ulteriore conferma delle peculiarità insite nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato risiede nella legge n. 604/1966: fissando la nozione di licenziamento illegittimo, l'ordinamento impone in via eteronoma gli elementi per reputarlo "(in)giustificato", così sottraendo alle parti individuali (e alla logica di mercato) la delimitazione del significato della fattispecie.

Forse, però, è la dinamica normativa che ha consentito, nei suoi vari formanti, l'attuazione dell'art. 36 Cost. a dar conto in maniera più compiuta della giustizia contrattuale nel diritto del lavoro, nel momento in cui sottrae la determinazione dell'elemento principale della relazione negoziale alla libera esplicazione di logiche di mercato, nell'ottica di tendere ad un'equa ripartizione solidaristica ed orizzontale (nel contratto) delle risorse⁷².

Il principio costituzionale ha consentito di superare la concezione economica della retribuzione legata al mero apprezzamento soggettivo dell'utilità insita nella controprestazione dedotta nel rapporto negoziale. Senza spingersi a negarla *in toto*, la disposizione in materia retributiva interviene esplicitamente a correggere la pura logica degli scambi esigendo il rispetto di una sufficienza qualificata, raggiunti a «garantire un'esistenza libera e dignitosa» al lavoratore ed alla sua famiglia. Parzialmente svincolando la determinazione della retribuzione da meri criteri mercantili-

⁷² L. Zoppoli, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, p. 280. Cfr., più in generale, A. Viscomi, *L'adempimento della prestazione di lavoro tra criteri lavoristici e principi civilistici*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, cit., 180 ss.; L. Nogler, cit., p. 179. Mi sono occupato *funditus* del tema in *Il contributo della dottrina sociale cattolica al meta-principio della «giusta retribuzione»*, in *Jus*, 2011, p. 179 ss.

stici, la norma attribuisce («in ogni caso») ad un elemento esterno al contratto individuale la funzione di variabile in grado di contribuire alla fissazione della prestazione economica che grava in capo al datore di lavoro; uno dei contraenti vede così determinare la sua prestazione principale in via eteronoma e sulla base di criteri che esulano dal sinallagma che fonda la relazione negoziale⁷³.

La norma costituzionale non si limita a considerare “ingiusto” un determinato (errato) assetto di mercato, imponendo di rettificare la retribuzione rispetto all’effettivo apporto reso dal lavoratore, ma giuridifica in una disposizione puntuale il valore della solidarietà sociale che incide in un rapporto interprivato. Col favore della giurisprudenza ed attraverso la fissazione delle clausole retributive, la contrattazione collettiva ha poi consentito di evitare che l’art. 36 potesse restare un *flatus vocis*, sottraendo ai contraenti individuali (e cioè alla libera valutazione del mercato)⁷⁴ la determinazione della retribuzione «giusta».

Sull’efficacia precettiva del criterio della sufficienza retributiva nella disciplina del contratto di lavoro è inutile soffermarsi⁷⁵, dovendosi perlomeno accennare all’interessante tendenza ad estendere l’ambito di applicazione della norma costituzionale al lavoro non subordinato⁷⁶. Sul punto è opportuno solo ribadire come il diritto alla retribuzione sufficiente nei termini consegnati dall’art. 36 Cost. configuri una situazione giuridica soggettiva attiva (indisponibile) che da tempo la dottrina ascrive ai “diritti della personalità”, categoria riassuntiva di quegli attributi che attengono a prerogative che insistono su beni costitutivi della persona (e non esterni ad essa, collocabili sul piano dell’*essere* e non dell’*avere*) e tendenti alla realizzazione di interessi di natura prevalentemente non patrimoniale, «a salvaguardia dell’individualità di ciascun soggetto, nella sua dimensione corporea ed immateriale»⁷⁷. L’elevazione dal piano dei meri diritti di credito alla categoria dei diritti della personalità è stata argomentata proprio sulla scorta del criterio della sufficienza retributiva; insomma, se il diritto alla retribuzione non condivide con la generalità dei crediti pecuniari il medesimo inquadramento sistematico (e, di conseguenza, la stessa regolamentazio-

⁷³ Cfr. L. Mengoni, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 54.

⁷⁴ Id., p. 28, in termini. V. altresì S. Rodotà, *Antropologia dell’uomo dignus*. in *Riv. crit. dir. priv.*, 2010, p. 547 ss.

⁷⁵ Il problema della (presunta) «scarsa incidenza pratica» del principio della sufficienza retributiva è già stato affrontato e risolto in dottrina (L. Zoppoli, *La corresponsività*, cit., p. 286 ss.; G. Roma, *Le funzioni della retribuzione*, Bari, 1997).

⁷⁶ Il riferimento è sia al n.t. dell’art. 63 d.lg. n. 276/2003 sul compenso del collaboratore a progetto (su cui v. L. Scarano, *Vecchi e nuovi modelli di giustizia nel lavoro fra etica e pratica*, in *Lav. giur.*, 2012, p. 1151 ss.) ed alla recentissima legge n. 233/2012 (*Equo compenso nel settore giornalistico*), emanata proprio in «attuazione dell’articolo 36, primo comma, della Costituzione ... finalizzata a promuovere l’equità retributiva dei giornalisti». Su questi temi, dall’inesimabile potenziale normativo, sarà necessaria una riflessione *ad hoc*.

⁷⁷ G. Resta, *I diritti della personalità*, in G. Alpa, G. Resta, *Le persone e la famiglia. 1. Le persone fisiche e i diritti della personalità*. “Trattato di diritto civile”, diretto da R. Sacco, Torino, 2006, parte II, p. 361 s.

ne giuridica), è in forza di quel precetto costituzionale che, in nome della sufficienza retributiva, persegue un obiettivo estraneo alla logica che presiede ai comuni rapporti di scambio.

Il principio costituzionale infligge un *vulnus* insanabile alla paritaria logica di mercato che (continua a) regola(re) le comuni relazioni contrattuali nel momento in cui sospende l'operatività della logica di mercato, sostituendola con un'altra *ratio*. Non a caso, i fondamenti del "rivoluzionario" precetto contenuto nell'art. 36 Cost. sono il valore della dignità umana ed il principio della solidarietà sociale, entrambi non comprensibili se il discorso resta sul terreno del mercato. Per trovare una legittimazione positiva alla dignità ed alla solidarietà è necessario ampliare gli orizzonti dell'itinerario del giusprivatista, per ricomprendervi elementi reputati estranei, ma che (*rectius*: proprio perché) costituiscono gli addentellati su cui si situano obiettivi di redistribuzione sociale (che il diritto dei contratti non "deve" perseguire).

Oltreché in relazione alle finalità perseguite, anche sul versante delle tecniche di tutela emerge il peculiare assetto che assume la giustizia nel contratto di lavoro. Si è già visto come il progressivo accostamento col trasformato diritto dei contratti sia argomentato sul comune impiego della norma inderogabile⁷⁸. Ebbene, rigore ermeneutico vuole che a questo accertamento empirico debba seguire l'esame delle diverse funzioni realizzate pur con l'utilizzo della medesima tecnica normativa. Mentre nei rapporti *b2c* la nullità di protezione opera *a valle* dell'operazione economica, «eliminando quella parte del regolamento contrattuale che risulti in concreto abusiva»⁷⁹, il diritto del lavoro si struttura su norme inderogabili che pongono *a monte* la disciplina del rapporto. Laddove il d.lg. n. 205 del 2006 contempla un intervento *ex post*, eventualmente correttivo di quanto voluto dalle parti in violazione della previsione legale, la disciplina giuslavoristica risolve *a priori* il verificarsi di possibili condotte lesive degli interessi del soggetto protetto, predeterminando il concreto assetto giuridico che i contraenti devono rispettare⁸⁰. Nella prima ipotesi si ha potenziale correzione *a posteriori* di effetti negativi del mercato, che *medio tempore* ha legittima esplicazione; nella seconda vi è un intervento sostitutivo della contrattazione individuale, che si risolve *ex ante* nella sottrazione del rapporto all'operare delle regole di mercato.

⁷⁸ Nella dottrina giuslavorista v., da ultimo, C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Inderogabilità delle norme e indisponibilità dei diritti (Atti delle giornate di studio A.I.D.La.S.S., Modena, 18-19 aprile 2008)*, Milano, 2009, § 3; V. Speciale, *Intervento*, ivi, p. 341; M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano 2009, p. 426.

⁷⁹ A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali delle invalidità*, cit., p. 175; dunque, ad ingiustizia consumata (V. Scalisi, cit., p. 262).

⁸⁰ A. Albanese, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, I, § 6; In senso adesivo, M. Novella, cit., p. 425 ss.; A. Occhino, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, ivi, § 2; A. Plaia, cit., p. 717.

La distanza fra i diversi approcci regolativi, dunque, si desume – rispettivamente – dall’assenza e dalla presenza della volontà di politica del diritto di pre-disporre un determinato assetto del rapporto negoziale. Nel diritto del lavoro viene valorizzata la natura super-individuale del conflitto di interessi riscontrabile nel contratto con una regola di contenuto che s’impone sulla volontà (eventualmente efficiente) delle parti. Peraltro, la posizione d’inferiorità del consumatore assume rilevanza se non influisce sul cuore economico dello scambio e solo nell’ipotesi in cui il potere privato si attualizzi nella (pre)determinazione di condizioni contrattuali inique.

In maniera speculare, nei rapporti *b2b* la disciplina eteronoma sanziona l’abuso concretamente verificatosi a danno dell’impresa economicamente dipendente senza interferire nella relazione interprivata se la stessa rimane nell’ambito dell’esercizio legittimo di una posizione di “superiorità” consentita⁸¹.

Analoghe considerazioni valgono per le *rules* contenute nei vari DCFR, PECL e PICC.

3.1. La regolazione del contratto individuale di lavoro, dunque, investe il contenuto della prestazione principale dedotta nel rapporto negoziale senza attendere che la situazione di superiorità (giuridica, ma prima ancora economico-sociale) di uno dei contraenti possa concretarsi nella (im)posizione di una disciplina “ingiusta”. L’intervento imperativo sul contratto, infatti, è la manifestazione della scelta dell’ordinamento di sottrarre alla volontà dei singoli per attribuire ad una valutazione esterna – che al volere privato si sovrappone – la concreta determinazione della giustizia nel rapporto di lavoro⁸². Proprio sul confine – labile ma da rimarcare – che (s)lega efficienza economica e redistribuzione sociale emergono le peculiarità salienti della giustizia nel contratto di lavoro: un “paradigma” che si colloca nella dimensione del mercato (del lavoro), ma per evitare che la prestazione di lavoro possa essere considerata dall’ordinamento alla stregua di una merce⁸³, al fine di coniugare l’efficienza con la prospettiva della giustizia sociale. Insomma, se nell’ottica della regolamentazione delle relazioni economiche *tout court* l’intervento eteronomo (in veste spesso sostitutiva dell’autonomia privata) è preso in considerazione perché

⁸¹ Cfr. G. Villa, cit., p. 123; M. Orlandi, cit., p. 160.

⁸² La subordinazione della libertà individuale alla regolamentazione eteronoma costituisce lo «strumento di tutela del soggetto i cui interessi il diritto obbiettivo intende interpretare» (A. Somma, *Il diritto privato liberista*, cit., spec. p. 277 s.).

⁸³ Con l’obbiettivo di arginare la logica economica insita nella fattispecie contrattuale, sottraendo le regole del lavoro al libero mercato (cfr. F. Carinci, *Diritto privato e diritto del lavoro: uno sguardo dal ponte*. WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 54/20072007, p. 16; M. Pedrazzoli, *Diritto del lavoro è bello*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1997, p. 664). In una battuta (mutuando in parte le parole di U. Romagnoli, *Luigi Mengoni, precettore dialogante*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 403), il diritto del lavoro si lascia catturare «nell’orbita dell’economia di mercato», ma nella prospettiva di influire su di essa “dal di dentro”.

fonte di efficienza⁸⁴, nel diritto del lavoro le regole possono essere congeniate per perseguire obiettivi (anche non efficienti ma) di giustizia sociale, al fine di dare attuazione ai valori positivizzati nel testo costituzionale, in nome di interessi che trascendono la sfera dei singoli operatori economici.

Pur collocata sul crinale della regolazione giuridica di relazioni di mercato, l'idea di giustizia che informa il contratto di lavoro non è ispirata da (soli) criteri di efficienza economica; la disciplina del rapporto di lavoro subordinato sembra segnalarsi per una peculiarità che nelle recenti tendenze "giustizialiste" non è dato riscontrare: la sospensione del campo di operatività della logica mercantile⁸⁵.

Nell'obiettivo specifico di contemperare la logica economica con la tutela di valori personalistici (per definizione extra-economici), la regolazione del rapporto di lavoro pone un limite alla *ratio* mercantile quando la speciale considerazione dei beni coinvolti nello scambio negoziale suggerisce una regolamentazione *differenziata* (che con le regole comuni poste in materia di contratto risulterebbe invece sacrificata)⁸⁶.

Qui non si tratta di erigere un argine invalicabile tra gli scambi mercantili ed i rapporti di lavoro. Pur leggendo i diversi interventi lungo un *continuum* che attesta una certa circolarità nelle tecniche di protezione, non ci si può accontentare inquadrando tutte nel contenitore della "regolazione del mercato". Per definizione, infatti, il contenitore offusca (se non occulta) differenze che meritano di essere poste in risalto. La funzione correttiva svolta dal diritto del lavoro s'indirizza lungo la via della giustizia sociale attraverso interventi di solidarietà redistributiva che operano orizzontalmente, all'interno della relazione negoziale avente ad oggetto la prestazione di lavoro subordinato. Il tutto trova una giustificazione che ci riporta sulla originale fattispecie giuridica di riferimento: l'esigenza ineliminabile di proteggere una persona coinvolta all'interno dello scambio negoziale ed esposta ad un potere giuridico alieno impone di reputare non negoziabili – e, quindi, non sottoposti alle logiche del mercato – quei valori intimamente connessi alla personalità del lavoratore.

Si ribadisce come la peculiare disciplina del rapporto di lavoro subordinato trae giustificazione da un dato di struttura "interno" alla fattispecie negoziale, la giuridificazione di un potere funzionalmente allocato a vantaggio della posizione organizzativa del datore di lavoro. Su questo fondamento cardinale del contratto si è gradualmente edificata la reazione dell'ordinamento giuridico, finalizzata alla predisposizione di strumenti di tutela "esterni" alla fattispecie, agenti sulla disciplina della relazione

⁸⁴ V. Speciale, *La tutela del contraente debole*, in *Il diritto del lavoro nel sistema giuridico privatistico*, cit., p. 329.

⁸⁵ In termini, A. Plaia, cit., p. 711; *adde* A. Lo Faro, cit., § 5.

⁸⁶ Cfr. A. Albanese, *La norma inderogabile*, cit., p. 178; A. Plaia, cit., p. 714; A. Genovese, cit. Si vuol cioè dire che nel diritto del lavoro la decisione sull'*an* dell'intervento regolativo non è mossa esclusivamente dal giudizio prognostico sull'efficienza dello stesso; l'interrogativo è risolto anche alla luce di altre considerazioni valoriali.

ed orientati alla tendenziale riduzione della disegualianza che contraddistingue la persona (e la dignità) del lavoratore.

È quest'ultima il fondamento ultimo di una disciplina che limita i poteri giuridificati del datore di lavoro sulla (ed al contempo valorizza la) persona del lavoratore, specie ove si rifletta sul problema della compatibilità fra regole degli scambi di mercato e salvaguardia di valori extra-patrimoniali. Senza negare le premesse economiche della sua genesi (la considerazione mercificata del lavoro) né gli effetti potenzialmente prevaricanti dell'implicazione della persona nel contratto di lavoro subordinato (la sottoposizione della persona del lavoratore, con la sua dignità, ad un potere altrui), il meta-principio della dignità umana si erige quale argine invalicabile, impedendo che il rapporto di lavoro possa essere governato da una mera logica mercantile: è la dignità umana l'istanza condivisa, ed oggetto di positivizzazione normativa, che consente di deviare dai binari dell'efficienza economica; l'elemento personalistico assolve così alla funzione dogmatica di legittimare una disciplina speciale.

In questa prospettiva, lo sviluppo del diritto del lavoro ci ha consegnato un'idea di giustizia delle relazioni umane diversa rispetto a quella che governa gli altri rapporti civili, talvolta slegata dagli imperativi del mercato e, comunque, sempre alla ricerca di un soddisfacente connubio con le impellenti esigenze d'efficienza.

3.2. Rispetto a questo modello, le recenti tendenze (de)regolative hanno indubbiamente messo in crisi le peculiarità insite nella giustizia contrattuale del diritto del lavoro. L'ultimo quarantennio ha messo in discussione queste certezze, se sol si pensa a come l'ordinamento abbia progressivamente disegnato un diritto «a misura d'uomo»⁸⁷, cercando faticosamente di limitare la negoziabilità della dignità del lavoratore attraverso regole di correzione dello scambio di mercato (e, quindi, ponendosi oltre la mera accettazione di quest'ultimo) e norme che proteggono e sviluppano, in chiave redistributiva, la posizione di uno dei contraenti.

Al cambio di secolo si è fatta strada una linea di politica del diritto tendente ad allentare i vincoli eteronomi che gravano sui contraenti e mirata all'alleggerimento delle tutele, al fine di restituire alle parti spazi di manovra nella disciplina del rapporto⁸⁸.

Fra i primi grimaldelli impiegati per scardinare l'impostazione tradizionale della giustizia nel contratto di lavoro ha occupato un posto di rilievo la tecnica dell'autonomia individuale assistita (in veste 'derogatoria'). È vero che nella sua massima espressione il modello della derogabilità assistita giace per ora negli indocili sotterranei delle possibili riforme *in itinere*, essendo stato placato nella sua capacità destrutturante dall'interpretazione conforme a Costituzione dell'istituto che ne ha re-

⁸⁷ Cfr. il suggestivo racconto di U. Romagnoli, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Bologna, 1995, p. 10.

⁸⁸ Per tutti, P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, anche per la prospettiva *de iure condendo*.

cato l'*imprinting*, la certificazione dei contratti di lavoro⁸⁹; non ci si può, tuttavia, esimere dal constatare come il confine mobile tra regolamentazione inderogabile e spazi di autonomia (individuale o collettiva, pur collocati su piani diversi) si sia sensibilmente spostato, ampliandosi gli ambiti non sottoposti al raggio di applicazione della prima⁹⁰.

Insomma, il disegno contenuto già *in nuce* negli artt. 75 ss. d.lg. n. 276/2003 e i più recenti interventi regolativi (artt. 30 ss. legge n. 183/2010 e 8 legge n. 148/2011), culminati nella c.d. “riforma Fornero” stanno scuotendo il paradigma tradizionale del diritto del lavoro sin dalle sue fondamenta, e non solo in riferimento alle tecniche normative.

In prima battuta, infatti, si potrebbe pensare che sia la diminuzione del tasso di eteronomia e l'erosione dell'inderogabilità delle regole dello scambio fra lavoro e retribuzione a sottoporre a *restyling* il paradigma, scuotendo i suoi caratteri fondanti per sostituirli con altri. Sarebbe però miope ancorare una rivoluzione ad una tecnica; giova a tal proposito rimarcare il carattere neutrale della norma inderogabile⁹¹ e un'eloquente constatazione, ricavabile dal confronto fra diversi modelli e che conferma come la regolazione sia solo una “forma”, utile alle più svariate esigenze, colorabile dei più eterogenei “contenuti”: è singolare osservare come il condiviso obiettivo dello «sviluppo ottimale delle relazioni di mercato» viene perseguito nel diritto dei contratti con la «limitazione della libertà contrattuale» e con la «valorizzazione dell'autonomia individuale» nel rapporto di lavoro⁹².

Le prime anomalie e l'attuale stato di crisi del diritto del lavoro⁹³ stanno rivoluzionando il suo paradigma – incidendo su tecniche di protezione collaudate (prese a modello da altri settori disciplinari) – sotto il profilo delle particolari finalità di giustizia perseguite dall'intervento statale nei rapporti di lavoro, sgretolando il contenuto delle tutele.

Le tendenze regolative che hanno messo in crisi accompagnando detto paradigma alla sua trasformazione (si pensi, per tutti, alle potenzialità destrutturanti insite nell'arbitrato di equità e – sfruttando la rima baciata – alla contrattazione di prossimità) sono capaci di obliterare la funzione di redistribuzione sociale assolta dal diritto del lavoro, agendo sull'assetto eteronomo (e reputato conforme a giustizia) del rapporto, anche sotto altri profili.

⁸⁹ R. Voza, *L'autonomia individuale*, cit., qui p. 195 ss., ivi ulteriori riferimenti dottrinali.

⁹⁰ S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, p. 41.

⁹¹ P. Barcellona, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano 1969, p. 165.

⁹² Cfr. in proposito le acute osservazioni di V. Speciale, *La tutela del contraente debole*, cit., p. 333.

⁹³ Si v. gli atti delle giornate di studio A.i.d.la.s.s. di Bologna, 14-15 maggio 2013, dal titolo “La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro”, in corso di pubblicazione per i tipi di Giuffrè e, ivi, la mia comunicazione *Sulla «crisi» di un paradigma “in rivoluzione”*.

Si può cogliere la portata “rivoluzionaria” delle ultime tornate legislative se si riflette sulla circostanza che l'intervento del legislatore si muove solo sulla disciplina del rapporto, senza interferire sulla fattispecie di riferimento del contratto di lavoro. Quest'ultimo continua a fondare⁹⁴ – ora e com'è da sempre – la supremazia giuridica di un soggetto su una persona fisica, formalizzazione legale operata dall'ordinamento che non ha eguali (nel settore dei rapporti interprivati), che non può avere alternative nell'attuale assetto economico e su cui, ovviamente, non si discute. Se, però, l'intera disciplina protettiva non è ad applicazione necessaria e la giustizia del contratto è disponibile dalle parti (individuali, ma anche collettive: art. 8, l. n. 148 del 2011), vengono a mancare i pilastri del paradigma, le coordinate per individuare nel diritto del lavoro uno strumento per redistribuire utilità, risorse e poteri nella società.

A questo punto solo l'evoluzione della legislazione e il contributo della riflessione dottrinale potranno dirci se la “rivoluzione” troverà il suo esito nella sostituzione al tradizionale di un nuovo paradigma. Non è detto, tuttavia, che il corso della transizione sia già segnato. Certo, le variabili di contesto, anche internazionali, militano nella direzione della rivoluzione richiamata: si assiste, infatti, ad un ripiegamento del ruolo del sistema giuridico nei confronti degli altri sotto-sistemi sociali; al fondo della tendenza s'intravede un radicale mutamento della funzione del Diritto, che da forma *formans* dell'economia si ridurrebbe a strumento di registrazione e legittimazione dei cambiamenti che la interessano⁹⁵. Basti richiamare in questa angolazione la posizione espressa dalla Corte di Giustizia in merito all'indeclinabile necessità di bilanciare i diritti fondamentali, fra cui la dignità umana, con i diritti economici⁹⁶.

Non siamo però ancora di fronte ad una nuova acquisizione scientifica, forse ad un processo in tendenziale compimento; ma nella scienza giuridica ci sono dei vin-

⁹⁴ È l'insegnamento di M.G. Garofalo, *Libertà, lavoro e imprese*, in *Scritti in onore di Vincenzo Starace*. Napoli, 2008, III, p. 1871.

⁹⁵ Come ha scritto A. Supiot, cit., p. 17, è l'idea del «Diritto oggettivo che oggi sta scomparendo, come del resto sta scomparendo l'impiego della maiuscola per distinguerlo dai diritti soggettivi (...) per essere titolare di diritti l'individuo non avrebbe bisogno del Diritto; al contrario sarebbe proprio dall'unione e dal conflitto tra i diritti individuali che deriverebbe, per addizione e sottrazione, l'interezza del Diritto». La tendenza a «voler dissolvere il Diritto nelle leggi della scienza» economica – eretta sul postulato posneriano “se le poste in gioco sono abbastanza elevate, la tortura è ammissibile” – identifica nel «calcolo dell'utilità (...) il fondamento e il limite dei diritti individuali. L'utilità di un individuo di non essere torturato (che fonderebbe il diritto corrispondente) dovrebbe dunque essere rapportata all'utilità che altri possono trarre dal torturarli» (Id., p. 99).

⁹⁶ A completamento di una parabola che porta la dignità umana da fondamento di diritti a diritto fra i tanti: cfr. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2009. Negli ultimi tempi, la ricerca di un difficile equilibrio fra mercato, libertà e dignità è tornata in auge anche nel diritto privato, fra dichiarazioni solenni (Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell'UE e art. 6 TUE) e pronunce giurisprudenziali (su tutte la sentenza sul caso *Omega* della CGCE, 14 ottobre 2004, C-36/02, in *Racc.*, 2004, I, 9609): anche su questi aspetti i limiti della presente riflessione suggeriscono di rinviare ad altra sede una più compiuta riflessione.

coli di sistema che possono arginare le rivoluzioni più radicali. Il riferimento è alla trama costituzionale, quel tessuto connettivo di cui deve nutrirsi anche l'eventuale nuovo paradigma della disciplina giuslavoristica. Inutile dire che nella Costituzione è agevole trovare principi che ostruiscono la strada alla trasformazione evocata: non si fa fatica a richiamare l'art. 3, cpv.⁹⁷ come limite ad una deriva deregolativa che segni l'abdicazione del ruolo immediatamente precettivo (e non semplicemente delegante) dello Stato nella disciplina del lavoro prestato nell'altrui interesse.

4. In conclusione, per ricapitolare le riflessioni comparate (a metà fra il diritto dei contratti ed il diritto del lavoro) sulla giustizia contrattuale nonché al fine di operare una chiosa sulla sospensione dei mutui, è bene delineare il profilo del contratto giusto, specificando in cosa consista davvero la giustizia contrattuale come attuata nelle ultime tendenze normative.

In questa direzione, si rivela utile rispolverare due famose categorie aristoteliche, affrancate dalle connotazioni di *status* proprie del tempo: la giustizia "commutativa" (o individuale) e la giustizia "distributiva" (o sociale)⁹⁸. Mentre la seconda, applicata alle relazioni negoziali, consente di (re)distribuire utilità economiche prescindendo dall'esatto valore delle singole prestazioni, la prima concerne un rapporto individuale fra due soggetti (meglio, tra due prestazioni), sancendo che attraverso l'operazione contrattuale l'utilità marginale di ciò che si riceve deve sostanzialmente coincidere con l'utilità marginale di ciò che si perde, in maniera da realizzare l'interesse dell'affare attraverso un bene diverso ma di uguale valore rispetto a quello scambiato.

Ebbene, nel prisma della giustizia commutativa è possibile collocare tutti quei rimedi orientati a stabilire un (più corretto) ordine economico, ma all'interno dell'indiscusso assetto mercantile del rapporto; nel rispetto delle precondizioni economiche dello scambio contrattuale, l'equilibrio commutativo indica la fissazione (anche eteronoma) dell'equivalenza tra le rispettive prestazioni, risolvendosi dunque in un giudizio di mera congruità fra le stesse, celebratosi il quale il mercato – attra-

⁹⁷ Come recentemente riletto proprio da M.G. Garofalo, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Bari, 2008, I, spec. § 6 e assunto a fondamento di un assetto costituzionale che non consente alle parti (individuali e/o collettive) di escludere «l'applicazione della disciplina inderogabile prevista a tutela dei lavoratori» (Corte cost. 31 marzo 1994 n. 115, in *Foro it.*, 1994, I, p. 2657); quel principio, anzi, «al fine di tutelare la dignità personale del lavoratore (...) e di garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare una vita libera e dignitosa», non soltanto consente, ma insieme impone «al legislatore di emanare norme che, direttamente o mediamente, incidono nel campo dei rapporti di lavoro» (Corte cost. 19 dicembre 1962 n. 106, in *Giur. cost.*, 1962, p. 1408).

⁹⁸ Nota distinzione elaborata nella celeberrima opera *Etica Nicomachea* ed oggetto di recenti ed interessanti rimediazioni sul piano giuridico, svincolate dalla secca alternativa «rapporto contrattuale/giustizia commutativa – rapporto non contrattuale/giustizia distributiva»; v., oltre agli Autori già citati, A. Giorgis, *La costituzionalizzazione dei diritti all'uguaglianza sostanziale*, Napoli, 1999 e R. Lanzillo, *La proporzione fra le prestazioni contrattuali*, Padova, 2003.

verso la sua riedita «mano invisibile» – condurrà «alla migliore ed equa distribuzione della ricchezza»⁹⁹. È vero che il diritto dei contratti si è ormai affrancato dalla limitante prospettiva dell'intervento esclusivo sugli elementi patologici della volontà individuale, avendo superato la soglia pre-contrattuale delle asimmetrie informative, ma il fondamento del controllo eteronomo continua a poggiare *sul* mercato¹⁰⁰. Possiamo sinteticamente affermare che nell'epoca "post-moderna" l'alternativa fra *procedural* e *substantive fairness* è risolta a vantaggio della prima: senza porsi obiettivi di giustizia "materiale" del rapporto, il nuovo diritto dei contratti assume la funzione di tecnica conformativa del potere autoregolativo delle parti fondata sul criterio della *praxis* mercantile¹⁰¹.

Insomma, la giustizia contrattuale come oggetto di applicazione positiva non è una nozione sovrapponibile con la giustizia sociale. A queste condizioni («la giustizia contrattuale è cosa diversa dalla giustizia sociale»¹⁰²) non può revocarsi in dubbio che il nuovo diritto dei contratti si caratterizzi per essere orientato al perseguimento della giustizia nel rapporto quale misura economicamente efficiente degli scambi individuali; è lo stesso assunto che consente di escludere la redistribuzione delle risorse – quale obiettivo specifico della giustizia sociale – dalle *rationes* che ispirano i recenti approcci regolativi al settore dei contratti caratterizzati da squilibrio di potere negoziale.

La giustizia distributiva, invece, si struttura sulle relazioni sociali investendo l'autorità politica del compito di perseguire redistribuzioni di risorse (economiche e di potere) anche in maniera orizzontale, fra persone, valorizzando il principio della solidarietà¹⁰³. Se la normativa in materia di consumatori, quella dettata per i rapporti squilibrati fra imprese e le prospettive di regolazione del diritto contrattuale euro-

⁹⁹ Si tratta di «un'antropologia tutta individualistica» (M. Barcellona, cit., p. 280, nt. 39, *passim*). Cfr., per analoghe valutazioni sul DCFR, L. Nogler, U. Reifner, cit., p. 28 ss.

¹⁰⁰ «*Ratio* di tale discipline, infatti, non è quella di sovrapporre allo scambio del mercato valutazioni di ordine politico/sociale ma quella, affatto diversa, di garantire le condizioni di riconoscimento del potere di autonomia e di normatività della regola negoziale, su cui si regge l'intera società moderna» (M. Barcellona, cit., p. 310; R. Messinetti, cit.). La legge «non vuole redistribuire ricchezza ai fini di una allocazione 'alternativa' a quella prodotta dal mercato: vuole soltanto far sì che tale allocazione sia governata da meccanismi genuinamente concorrenziali ed efficienti» (C. Camardi, *Tecniche di controllo*, cit., p. 847 ss.; S. Mazzamuto, cit., p. 531). Si tratta, è bene precisarlo, di una conclusione non univocamente condivisa. *Contra*, C. Castronovo, cit., p. 48; A. Perulli, *Diritto del lavoro*, cit., p. 438; A. Albanese, *Disciplina generale e discipline speciali*, cit., 173 s. Su posizioni più equilibrate cfr. G. Vettori, *Diritto contrattuale europeo*, cit., p. 213 e A. Plaia, cit., p. 706, nt. 5. Sembra invece porre l'accento sulla tutela della persona quale fine garantito dai recenti interventi regolativi E. Russo, cit., p. 141.

¹⁰¹ A. Barba, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di Pietro Rescigno*, Milano, 1998, II, p. 13; R. Messinetti, cit., p. 628.

¹⁰² M. Barcellona, cit., p. 313.

¹⁰³ Id., p. 306 e *passim*.

peo ed internazionale possono essere lette alla luce della tendenza del sistema capitalistico a ristrutturarsi in senso ordoliberal, introducendo misure di giustizia contrattuale *sub species* commutativa, il diritto del lavoro si caratterizza per il tentativo (storicamente riuscito) di introdurre elementi estranei agli obiettivi di efficienza del mercato nello statuto delle norme che regolano accordi interprivati. Sfruttando la contrapposizione richiamata, si può dire che il diritto del lavoro abbia introdotto elementi di giustizia distributiva all'interno di una logica paritaria, contaminando le regole del mercato (il diritto dei contratti *tout court*) con un intervento di tipo conformativo, orientato al perseguimento della giustizia sociale¹⁰⁴.

Si può sostenere, allora, che solo quando il legislatore pretende di allocare diritti ed obblighi prescindendo dall'efficienza, perseguendo finalità redistributive, sia corretto parlare di giustizia sociale.

Bene, la sospensione del pagamento del mutuo per la prima casa costituisce indubbiamente una misura di giustizia sociale, nel momento in cui ridistribuisce il rischio della mancanza di reddito sul contraente che non è stato coinvolto direttamente da tale evento, costringendolo a sopportare una dilazione nell'esecuzione dell'obbligazione contrattuale. Trattasi, tuttavia, dopo le modifiche apportate dalla riforma Fornero, di una misura di giustizia sociale incompiuta e per molti versi dimezzata.

Gran parte delle esclusioni contemplate nell'art. 2, comma 477 n.t. aggravano (peggiorandola rispetto alla normativa precedente) la posizione del mutuatario che, già in crisi con il pagamento delle rate (oppure con altri creditori che 'bussano alla porta', per utilizzare un eufemismo), vede definitivamente pregiudicata la situazione con la perdita del reddito. La sospensione, in casi simili, consentirebbe invece di prendere fiato, magari per iniziare a soddisfare le ragioni di alcuni creditori. Peraltro, di dubbia comprensione è l'incompatibilità tra pregressa fruizione di agevolazioni pubbliche per l'acquisto della prima casa e sospensione del pagamento delle rate del mutuo quando si verificano gli stessi accadimenti negativi.

Infine, se può essere apprezzata la scelta regolativa di includere fra gli "eventi" che consentono di accedere al beneficio accordato anche le dimissioni per giusta causa o la scadenza dei contratti a termine, non si riescono a comprendere le ragioni che hanno portato ad escludere dalla platea dei beneficiari i lavoratori licenziati per motivi disciplinari. Inoltre, rispetto alla precedente normativa, sono state drasticamente eliminate altre situazioni di difficoltà economica e finanziaria (quali: morte o in-

¹⁰⁴ A. Plaia, cit., p. 713 s.; L.V. Moscarini, *Riflessioni sul tema del «contratto giusto»*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, Milano, 2006, III, p. 627 s. In questo senso al diritto del lavoro è stata riconosciuta la «funzione di strumento eminente di giustizia sociale» (da G. Giugni, *Una lezione sul diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1994, p. 203); da ultimo, L. Zoppoli, *Contratto*, cit., p. 183 s.

validità di altro componente del nucleo familiare; pagamento di ingenti esborsi medici; spese di manutenzione; variamento in aumento dell'importo delle rate del mutuo) che incidono negativamente – al pari della perdita del lavoro – sul bilancio familiare. Perplessità¹⁰⁵ che aumentano se si pensa che la parte che deve 'sopportare' tale misura non è la collettività, ma un altro soggetto privato che – molto probabilmente – si vedrà costretto ad escutere le garanzie del credito ipotecario; a tutto detrimento del lavoratore che, licenziato, rischierà di perdere oltre all'occupazione anche un altro bene essenziale per lo svolgimento della personalità umana, la casa.

Queste finalità "punitive" sembrano sinceramente incompatibili con una misura che vuole essere espressione di giustizia sociale, segnando un ulteriore arretramento dello Stato sociale nella nostra Italia.

¹⁰⁵ Risolvibili solo con un intervento correttivo *ad hoc*, anche se P. Albi, cit., § 2, ha già sollevato alcune questioni di legittimità costituzionale ed evidenziato come il dipendente licenziato per giusta causa o motivo soggettivo, pur contestando la ragione posta a base del recesso, sia costretto a sopportare la qualificazione operata dall'altro contraente, presa d'atto che non può evitare anche la banca.

Arbitraggio e perizia contrattuale nelle clausole *Price Adjustment* ed *Earn Out*

di Francesco L. Gambaro

SOMMARIO: 1. Introduzione, limiti della ricerca. – 2. Standardizzazione dei modelli contrattuali: alcune criticità. – 3. Origine delle clausole post closing adjustment ed earn out. – 4. Controversie originate dall’attuazione (mancata) delle clausole in esame, brevi cenni al sistema anglosassone. – 5. La complessa articolazione ed attuazione delle clausole earn out. – 6. La prassi prevalente in Italia: la soluzione delle controversie affidata a perito od arbitratore? – 7. La prassi prevalente in Italia: possibile fraintendimento del modello. – 8. Conclusione.

1. L’ingresso dei fondi di *private equity* nel mercato delle così dette *mergers & acquisitions* (M&A) ha comportato la creazione e la costruzione di schemi finanziari molto articolati, che hanno profondamente inciso sulla struttura dei contratti aventi ad oggetto acquisizioni e dismissioni. L’esperienza dei fondi di *private equity* ha preso avvio ed ha incontrato un inarrestabile sviluppo nei paesi di *common law*. Non stupisce dunque che gli avvocati, nella maggior parte dei paesi sviluppati, incaricati di redigere il contratto di acquisizione/dismissione di società e/o di aziende, cerchino di utilizzare precedenti che si suppongono collaudati ed esaustivi della materia che, con il contratto appunto, deve trovare il proprio regolamento. Da tempo, trova largo spazio, infatti, l’abitudine di utilizzare, nella predisposizione dei contratti, ed in particolare delle clausole, di cui, qui, vorrei brevemente occuparmi, modelli di chiara origine anglosassone ed in particolare nord americana. Non vedo alcunché di nocivo in tale prassi, parafrasando (ma non condividendo) un mito dell’*american business* potremmo dire che ciò che è buono in America è buono nel mondo intero. Queste note non prenderanno in considerazione l’intero assetto dei contratti di acquisizione/dismissione, su tale tema esiste una abbondante letteratura¹, ma vorrei concentrarmi solamente sulle clausole dedicate alla risoluzione di talune controversie vertenti sull’ammontare dell’eventuale revisione del prezzo pattu-

¹ Tra i recenti: G. Bernini, *Acquisizioni di Società e Determinazione del Prezzo*, in *I contratti del Commercio, dell’Industria e del Mercato Finanziario* a cura di F. Galgano, Utet Torino 1995; P. Montalenti, *La Compravendita di Partecipazioni Azionarie* in Studi in onore di Rodolfo Sacco tomo II, 778, Milano 1994; A. Tina, *Il Contratto di acquisizione di Partecipazioni Azionarie*, Giuffrè Milano 2007; M. E. S. Frankel, *Mergers and Acquisitions Basics*, John Wiley and Sons Inc., New Jersey, 2005; C. D’Alessandro, *Compravendita di parte-*

ito nel contratto in via provvisoria o semplicemente indicato e soggetto a successiva verifica ed aggiustamento. Ovviamente diversi ordinamenti giuridici approntano diverse soluzioni per l'accertamento della disciplina applicabile alla clausole di revisione del prezzo, successiva alla conclusione del contratto, e le decisioni adottate dalle corti chiamate a giudicare della validità ed applicazione delle medesime non sono sempre compatibili con l'adozione di un unico modello valido in ogni parte del mondo. Mi sembra, infatti, che la prassi di adottare schemi contrattuali "alieni"², al di là dell'entusiasmo per il modello anglosassone, che pur condivido, dovrebbe sempre essere accompagnata da un'attenta valutazione dell'utilizzo del modello nel contesto del nostro ordinamento giuridico e, comunque in ordinamenti diversi da quello di *common law*. Ora, a mio avviso, proprio le clausole contrattuali che sono oggetto di queste note possono costituire un buon esempio di ricezione acritica di strumenti pensati ed elaborati per un diverso ordinamento e, soprattutto ritagliati su un procedimento giudiziale molto lontano dalla nostra esperienza.

L'assioma secondo cui le soluzioni ed i modelli elaborati in America ed in Inghilterra meglio interpretano i bisogni di un mercato evoluto e globalizzato e, dunque, sarebbero suscettibili di universale applicazione, nasce probabilmente dalla constatazione che la lingua inglese si è imposta a livello mondiale come la lingua dell'*international business*. Non si tratta solo di una questione linguistica: in sede di contratto internazionale, si assiste ad una certa "tipizzazione" degli schemi contrattuali. Mentre, da un lato, sempre più si afferma la tendenza alla "delocalizzazione"³ del contratto e cioè a renderlo in qualche modo indipendente da uno specifico ordinamento, dall'altro lato e conseguentemente si tende ad assumere ed utilizzare modelli di contratto mutuati da precedenti elaborati dalla prassi anglosassone, vagliata attentamente dalla giurisprudenza, sia inglese che americana, che, notoriamente, tende, nell'interpretazione del contratto, a privilegiare le clausole espresse nel contratto stesso, senza pretendere di integrare o completare la volontà delle parti, salvo, in talune limitate ipotesi, utilizzare eventuali norme suppletive contenute in taluni, abbastanza recenti, *statutes*. Il sistema di "*common law*", infatti, non consente, almeno in linea di principio, al giudice od all'arbitro di integrare la volontà delle parti facendo riferimento a norme di legge che o si sostituiscono a quanto pattuito ed espressamente dedotto in contratto o che sarebbero chiamate a colmare lacune del

cipazioni Sociali e Tutela dell'Acquirente, Giuffrè, Milano 2003; oltre al classico *Acquisizioni di Società e di Pacchetti Azionari* a cura di Bonelli e De André, Giuffrè, Milano 1990

² Per una disamina del significato dell'espressione: cfr. G. De Nova: *Il Contratto Alieno* Giappichelli Editore Torino 2008.

³ Cfr tra i molti: U. Draetta, R. Lake e V. Nanda, *Breach and Adaptation of International Contracts. An introduction to Lex Mercatoria*. Butterworths USA 1992. F. Galgano, *Lex Mercatoria*. Il Mulino 2001. M. Rescigno, *Lex Mercatoria*, in XXI Secolo – Treccani.

medesimo, ricorrendo a norme suppletive applicabili nel silenzio delle parti: *judges are not called upon to write the contract for the parties*⁴. Senza pretendere di descrivere e, tanto meno, di approfondire il sistema nord americano, mi limito a richiamare quanto scrive il giudice Noble della Delaware Chancery Court nella *opinion* emessa nel caso *Matria Healthcare, Inc v. Coral SR, LLC*⁵: “*In construing contracts, the function of the Court is to ascertain the shared intentions of the contracting parties when they entered into their agreement. The first level of analysis is deceptively simple: give the words chosen by the parties their ordinary meaning. The words, when fairly read and given their ordinary meaning, lead to a result that the Court cannot believe is what reasonable parties would have intended. The result reached here is, in large part, unpalatable; it is the product, however, of words chosen by sophisticated parties who drafted a complex and comprehensive agreement. More importantly, it is not for some judge to substitute his subjective view of what makes sense for the terms accepted by the parties.*” È ben noto come quanto sinteticamente descritto dal giudice Noble sia il generale atteggiamento delle corti americane in tema di interpretazione del contratto. Il rispetto per le parole usate dalle parti nella redazione del contratto rende i modelli anglosassoni molto utilizzati in sede internazionale, ove le parti tendono a dare una regolamentazione il più possibile completa ed esaustiva all’assetto di interessi dedotto in contratto, nell’assunto che il giudice o l’arbitro, pur appartenenti ad ordinamenti diversi, si conformino al medesimo principio interpretativo. Infatti negli Stati Uniti un lodo arbitrale che si discosti dal canone interpretativo sopra richiamato, può essere dichiarato nullo. È quanto accaduto, ad esempio, nel caso *Norman Katz v. Herbert Feinberg* deciso dalla *US District Court of the Southern District, New York City* e confermata in appello.⁶ Tra le parti viene stipulato uno *share purchase agreement* in cui si prevede che il “*Final Share Price*” sia determinato da “*Buyer’s Accountants*” e che la loro determinazione sia “*final and binding on Seller and Buyer and shall not be subject to any appeal, arbitration, proceeding, adjustment or review of any nature whatsoever*”, il contratto prevede, inoltre, una generale clausola di risoluzione delle controversie mediante arbitrato. Insoddisfatto del risultato cui erano pervenuti gli esperti contabili, il venditore promuove l’arbitrato per farne annullare la determinazione. Gli arbitri gli danno ragione e annullano la determinazione del *Final Share Price* indicata dagli *Accountants*. Il compratore impugna il lodo presso il tribunale competente, il quale lo annulla osservando che le parti avevano convenuto la determinazione degli “*Accountants*” come definitiva e non impugnabile e che, pertanto, gli arbitri hanno ecceduto la propria “*authority*” nel rivedere la determina-

⁴ Cfr. F. Bortolotti: *Diritto dei Contratti Internazionali*, Padova 1997 pag. 108 e ss.

⁵ *Matria Healthcare Inc v. Coral SR LLC* Delaware Chancery Court C. A. No. 2513 – N March 1, 2007.

⁶ *Norman Katz v. Herbert Feinberg* U.S. Court of Appeal Second Circuit April 26, 2002 (SDNY 2002)

zione contabile. Il caso ora ricordato bene illustra il rischio cui va incontro chi usa formule contrattuali di cui non ha chiara la pratica applicazione, e deve dolersi alquanto dell'esito finale delle scelte operate in sede di negoziazione del contratto.

2. In sede internazionale, specie se le parti appartengono ad ordinamenti giuridici molto diversi tra loro per origini storiche o per l'accuratezza nella redazione dei testi legislativi, è stata da tempo avvertita l'esigenza di privilegiare una regolamentazione pattizia tendenzialmente completa ed autosufficiente ed i modelli anglosassoni ben rispondono, per i motivi sopra accennati, a tale esigenza. Dalla prassi dei contratti internazionali il modello anglosassone si è velocemente imposto anche in ambiti meramente domestici. Il motivo è abbastanza semplicemente rintracciabile nella sempre più spiccata internazionalizzazione dell'economia. Anche nel nostro paese non si è rimasti indenni dal prevalere del modello contrattuale nord americano. Infatti non è infrequente la conclusione di contratti cui si applica il diritto italiano e conclusi tra parti italiane, l'una delle quali può essere controllata da una multinazionale, ed è abbastanza ovvio che in tale ipotesi la multinazionale tenda ad imporre schemi contrattuali ben noti al proprio *management* e da tempo collaudati ed ad utilizzare anche, naturalmente, l'uso della lingua inglese, in pratica ad imporre l'uso delle proprie *standard forms of agreement*. Prassi sino ad ora poco analizzata, ma che viene sovente suggerita da talune organizzazioni internazionali o sovra nazionali come ad esempio la World Bank, che, come noto, sponsorizza l'uso di *standard conditions of contract* in molti e diversi campi dei rapporti economici internazionali, quando la World Bank stessa partecipa all'iniziativa con propri finanziamenti⁷. La prassi tuttavia presuppone l'assunto che gli effetti di un contratto siano completamente controllati dal testo del medesimo, sicché una volta che i testi contrattuali siano, lingua a parte, ma non sempre, identici dall'America Latina al Vietnam, la globalizzazione del diritto di fonte contrattuale, è cosa fatta. Naturalmente si tratta di un pio desiderio, un "*wishful thinking*". Gli effetti di un contratto non discendono interamente e solamente dal contenuto del contratto stesso, piuttosto quanto espresso nel testo del contratto mette in moto una serie di reazioni che conducono alla produzione di effetti giuridici. Quando i modelli americani di contratto di acquisizione/dismissione di società od aziende hanno trovato largo spazio nel nostro paese, con tutto il retroterra di assunti inespressi che ha accompagnato questo fenomeno di ricezione, si era

⁷ A mero titolo di esempio si potrebbero citare le *conditions of contract for construction for building and engineering works designed by the employer; harmonised edition March 2006*. Lo standard è pubblicato dalla International Federation of Consulting Engineers (FIDIC) ed è utilizzato oltre che dalla World Bank, da African Development Bank, Asian Development Bank, Black Sea Trade and Development Bank, Caribbean Development Bank, Council of Europe Development Bank, European Bank for Reconstruction and Development, Inter-American Development Bank.

da tempo imposta l'idea della complessità delle fonti degli effetti del contratto, sicché non era proponibile, a livello di teoria del contratto, la concezione per cui gli effetti erano, salvo invalidità, necessariamente simmetrici rispetto al voluto delle parti. Come osserva C. Scognamiglio⁸ "...l'interpretazione e l'integrazione assolvono una funzione comune, qualunque sia la posizione che si intenda assumere sulle loro concrete modalità operative, nel contesto del processo di ricezione della regola privata nell'ordinamento giuridico (ovvero, per fare ricorso ad una formula anche di recente riproposta in dottrina, all'interno del tema della elaborazione degli effetti contrattuali⁹)¹⁰. Solo il carattere appartato della contrattualistica specializzata in acquisizioni/dismissioni spiega la ricezione acritica di modelli contrattuali alieni¹¹. Basti ora e qui ricordare l'esempio delle così dette clausole di "dichiarazioni e garanzie", evidente mera traduzione in lingua italiana di "*warranties and representations*" di matrice americana e delle clausole di "indennizzo" altra mera traduzione del modello americano "*indemnifications*". Nel nostro paese una vasta corrente giurisprudenziale insiste pervicacemente ad inquadrare le dichiarazioni e garanzie espresse nei contratti di acquisizione/dismissione di pacchetti societari nella garanzia legale in materia di vendita *ex* articoli 1490 – 1497 del codice civile e, conseguentemente ad applicare alle richieste di indennizzo avanzate dal compratore, pur in conformità ai termini pattuiti nella clausola "indennizzi", i ristretti termini di decadenza e prescrizione disposti in materia dall'articolo 1495 espressamente richiamato dall'articolo 1497, termini di prescrizione ritenuti non derogabili alla luce del disposto dell'articolo 2936¹², e che vanno a prevalere sulla diversa e, normalmente, più lunga durata delle garanzie pattuita *inter partes*, così del tutto vanificando il "*wishful thinking*" secondo cui gli effetti di un contratto discendono interamente e solamente dal contenuto del con-

⁸ C. Scognamiglio: *L'integrazione in I contratti in generale* a cura di E. Gabrielli, Torino 2006, tomo II pagg.1153.

⁹ Riferimento a: R. Sacco, in Sacco e De Nova *Il contratto in Trattato di Diritto Civile* diretto da R. Sacco II ed. Torino 2004 pagg. 417 ss.

¹⁰ In tema cfr. inoltre tra i molti: S. Rodotà *Le fonti di integrazione del contratto* Milano 1969/2004; G.B. Ferri, *Il negozio giuridico tra libertà e norma* III ed. Rimini 1990; G. Ziccardi *L'integrazione del contratto in riv. Trim. dir proc. Civ.* 1969; F. Galgano *Teoria e ideologia del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali-Il problema del negozio giuridico* a cura di Salvi Milano 1978; G. De Nova *Il contratto ha forza di legge in Scritti in onore di Rodolfo Sacco-la comparazione giuridica all'inizio de 3° millennio* Milano 1994

¹¹ Cfr G. De Nova: *Il sale and purchase Agreement un contratto commentato* Giappichelli, Torino 2011

¹² *Ex multis* si richiama: Corte di Appello di Milano, Sentenza 3138 del 2008, non pubblicata, con cui la Corte ha annullato un lodo pronunciato in materia di garanzie da collegio arbitrale costituito ai sensi del Regolamento Arbitrale della Camera Arbitrale di Milano. La stessa Corte d'Appello ha, però, cambiato radicalmente opinione statuendo l'inapplicabilità della disciplina di cui agli artt. 1495 e 1497 codice civile alle garanzie rilasciate dal cedente (c.d. *business warranties*) nell'ambito di un contratto di compravendita di partecipazioni sociali: cfr. Corte d'Appello di Milano sez. I civile, 9 luglio 2013 n. 3801/2013 (in *Rivista dei Dottori Commercialisti* 4/2013, con commento di Carlo Napolitano). Tuttavia, a mio avviso, la motivazione non è del tutto convincente, così che, credo, la questione non possa dirsi definitivamente risolta.

tratto stesso. Occorre però ricordare come le prassi contrattuali italiane autoctone in vigore grosso modo sino agli anni sessanta del secolo scorso in tema di acquisizioni/dismissioni societarie erano così primitive e così inefficienti da non costituire alcuna valida alternativa. Sono state abbandonate perché meritavano di essere abbandonate. Il che non spiega completamente l'inconsapevolezza con cui il modello più progredito è stato recepito.

Non sfuggono al paradigma le clausole dedicate alla risoluzione di talune controversie aventi ad oggetto la determinazione dell'ammontare dell'eventuale revisione del prezzo e cioè le clausole che prevedono un *post closing price adjustment* ovvero un *earn out*, cioè la determinazione del prezzo finale in base ai risultati *post closing*, e, soprattutto, il modo di calcolarla. Il modello da cui la prassi attuale prende le mosse è costituito da una forma e da una struttura di clausole molto complesse ed articolate. E ciò sia perché la materia, per sua stessa natura, è molto complessa sia perché frutto del sotteso e radicato convincimento, cui sopra si faceva cenno, che gli effetti di un contratto siano completamente controllati dal testo del medesimo e che dunque più è completa ed articolata la formulazione della clausola meno spazio lascia agli effetti legali, che direttamente discendono dalla legge, e, soprattutto, meno spazio lascia all'interpretazione del giudice (o arbitro) ed all'inserimento da parte del giudicante di dichiarazioni e patti apparentemente non voluti dalle parti. Il consolidarsi, in ambiti diversi da quelli di origine, dell'utilizzo di modelli contrattuali anglosassoni ha almeno due distinti aspetti che concernono, da un lato la struttura del contratto che, come sopra accennato, tende a dilatarsi oltre misura e, dall'altro, il linguaggio utilizzato nella redazione dello stesso e, naturalmente delle clausole in esame, che inevitabilmente tende a recepire arcaismi e ridondanze proprie della prassi seguita, da lungo tempo, nei paesi di origine. Quanto al secondo aspetto ricordo molto sommariamente come si sia aperta, da tempo, negli Stati Uniti una aspra polemica circa l'uso di un linguaggio arcaico ed astruso nella redazione dei testi sia legislativi che contrattuali, il ben noto "*legalese*". Già negli anni 60 del secolo scorso David Mellinkoff¹³ criticava aspramente le abitudini linguistiche della professione legale americana e, specialmente, il ricorso a termini obsoleti e non sempre immediatamente comprensibili dal pubblico, notando, tuttavia, come certe abitudini fossero difficilmente superabili, se non altro per l'ovvio desiderio di continuare ad utilizzare parole ed espressioni che, avendo ricevuto una cospicua interpretazione da parte delle corti, sono entrate a far parte del bagaglio culturale della professione. In ambienti ad alta litigiosità i redattori sia dei contratti che dei testi normativi tendono ad allungarne notevolmente il testo, cercando di coprire il maggior numero possibile di ipotesi e di evitare lacune che potrebbero concedere spazio a critiche e

¹³ David Mellinkoff: *The language of the law*, Boston 1963.

contestazioni¹⁴. Proprio oltre oceano l'uso del *legalese* è duro a morire. Ma ciò complica la vita agli epigoni nostrani che si trovano a confrontarsi con non banali problemi linguistici al momento di tradurre in lingua italiana i modelli di contratto elaborati in ambiente americano. Moltiplicare le parole usate in un contratto per indicare concetti uguali o simili è diventato uso comune, si prenda ad esempio la seguente frase: "... *does hereby grant, bargain, sell, assign, transfer, convey, pledge and confirm unto the Indenture Trustee ...*" un bell'esempio di arcaismo e ridondanza¹⁵, quasi *verbatim* riproposta in un contratto di acquisizione/dismissione redatto in lingua inglese, ma stipulato in Italia, tra parti italiane e retto dal diritto italiano: "*Subject to the terms and conditions of this Agreement and in reliance upon the representations and warranties contained herein, Sellers do hereby sell, grant, assign, transfer, convey to Buyer the Subject Shares; and Buyer hereby purchases and acquires from Sellers the Subject Shares*".

Come si vedrà più oltre, le stesse perplessità linguistiche valgono per la trasposizione in italiano dei modelli nordamericani di clausole di *post closing price adjustment* e di *earn out*. Entrambe le ipotesi di meccanismo di revisione/aggiustamento del prezzo contrattuale adottano come uno dei riferimenti temporali per attuare il meccanismo di revisione la data del così detto "*closing*": trascorso un certo lasso di tempo dalla stipula dello *share purchase agreement* o dello *assets purchase agreement* le parti procedono all'esecuzione del contratto stesso in conferenza personale che negli USA prende, appunto, il nome di *closing* e che, normalmente, avviene, salvo proroga congiuntamente consentita, ad una data prefissata nel contratto stesso.¹⁶ Normalmente sia in Italia che nei paesi anglosassoni il *closing* costituisce il momento dell'effettivo trasferimento dal venditore al compratore della titolarità delle azioni, delle quote o dell'azienda nonché il termine a decorrere dal quale o sino al quale viene computato il *price adjustment* o l'*earn out*, naturalmente quando previsti. L'utilizzazione di modelli, soprattutto nord americani, è ormai penetrata in ambiti in cui entrambi i contraenti sono italianissimi, possono appartenere o non appartenere a gruppi multinazionali e non vi è dubbio alcuno circa l'applicabilità del diritto italiano. Ed infatti e puntualmente è divenuta prassi costante anche nel nostro paese la cerimonia conclusiva del procedimento di acquisizione/dismissione: il così detto *closing*, cui prima si faceva cenno e che, nel modello originale costituisce imprescindibile riferimento e presupposto dell'attuazione delle clausole di *post closing price adjustment* e di *earn out* e che continua, ovviamente a rivestire tali caratteristiche

¹⁴ Cfr. Peter M. Tiersma: *Legal Language*, University of Chicago Press 1999.

¹⁵ Cfr. Claire A. Hill e Christopher King: *How Do German Contracts Do as Much with Fewer Words*, Chicago-Kent Law Review 1979.

¹⁶ Cfr. G. De Nova: *Il sale and purchase agreement* op. cit. pagg. 14 e segg.

nello schema importato. Cerimonia, infatti, ormai immancabile sia che il contratto preveda o meno *post closing price adjustment* od *earn out*, sia se l'esecuzione dello stesso è molto complessa per l'intervento, ad esempio, delle banche finanziatrici o garanti sia se, invece, è semplicissima come nel caso di contratto di acquisizione/dismissione tra imprenditori che ben si conoscono ed il compratore paga il prezzo utilizzando le risorse aziendali.

3. Per inciso e molto sommariamente vorrei ricordare che anche la moda del *closing* può far sorgere problemi non irrilevanti, quando è applicabile il diritto italiano. Innanzi tutto il differimento dell'attuazione del contratto al momento del *closing* introduce il problema della qualificazione del contratto stesso: è stato concluso un contratto preliminare, ovvero un contratto ad esecuzione differita? La questione potrebbe essere di non poco momento quando, ad esempio, il *closing* consiste nella sottoscrizione di atto notarile di trasferimento (e. g. in caso di trasferimento di quote di società a responsabilità limitata o di azienda) in tal caso occorrerebbe precisare se l'atto stipulato di fronte a notaio costituisce o meno novazione rispetto al precedentemente stipulato *share purchase agreement* o *assets purchase agreement*. Considerando che, normalmente l'atto notarile non riproduce mai interamente il contenuto del contratto di acquisizione/dismissione originariamente sottoscritto, ritenere l'atto pubblico o la scrittura autenticata novativi del primo sarebbe una iattura.

L'adozione del *closing* come conclusione del procedimento di acquisizione/dismissione di società ed aziende comporta il trascorrere di un lasso di tempo, a volte anche notevolmente lungo, intercorrente tra la sottoscrizione del contratto ed il *closing* stesso. È ovvio che nell'intervallo temporale possono intervenire fatti od atti che modificano la consistenza dell'oggetto del contratto medesimo o modificano il valore della cosa compravenduta. Problema che non è sfuggito alla prassi e che ha suggerito l'uso delle clausole di *post closing price adjustment*. Ma le clausole che prevedono e disciplinano il procedimento di accertamento del diritto al *post closing price adjustment* od *all'earn out* e, soprattutto, il calcolo del relativo ammontare sono destinate a trovare attuazione ad una certa distanza di tempo, mentre l'oggetto del contratto, azienda o società, è una realtà in movimento e soggetta a continue modificazioni nella propria consistenza e nelle proprie prospettive, per tanto la pratica attuazione di tali clausole non è scevra da difficoltà interpretative e da conflitti, da cui sorge evidente la necessità di indicare anche il metodo di risoluzione delle relative controversie. La giurisprudenza e la dottrina americane sono ricche di, anche difformi, soluzioni al problema sopra accennato. Non altrettanto può dirsi della esperienza italiana, forse proprio perché anche il *closing* è un'usanza nata e sviluppata in ambito di *common law* e resta pur sempre, nonostante l'uso si sia ormai generalizzato, abbastanza "aliena" per il nostro sistema. Sia detto per inciso: il *closing*

sorge negli USA in ambito di compravendite immobiliari, il cui oggetto è, ovviamente, molto più stabile che non un'azienda o società *going concern*, probabilmente, in risposta alla complessità del procedimento prescritto per il trasferimento della proprietà immobiliare. Mi è capitato di leggere, con interesse, nel corso di una ricerca giurisprudenziale, una sentenza della Corte Suprema dello Stato del Massachusetts: “*The closing is where all parties in a real property conveyancing¹⁷ transaction come together to transfer their interests, and where the legal documents prepared for the conveyance are executed, often including, but not limited to the deed, the mortgage and the promissory note. The closing is thus a critical step in the transfer of title and the creation of significant legal and real property rights. Because this is so, we believe that a lawyer is a necessary participant at the closing to direct the proper transfer of title and consideration and to document the transaction, thereby protecting the private legal interests at stake as well as the public interest in the continued integrity and reliability of the real property recording and registration system*”¹⁸.

Il *Blacks Law Dictionary*,¹⁹ che tengo sempre a portata di mano, nel definire il termine *closing* lo ricollega solamente alle compravendite immobiliari; “*Closing. As regards sale of real estate, refers to the final steps of the transaction whereat the consideration is paid, mortgage is secured, deed is delivered or placed in escrow, etc. Such closing, which normally take place at a bank or saving and loan institution, are regulated by the federal Real Estate Settlement Act.*” Ecco l'origine aliena: una legge federale americana. Infatti, negli States, il tempo intercorrente tra la firma del contratto di compravendita ed il *closing* è normalmente il tempo necessario per la preparazione dei documenti per il trasferimento della proprietà, oltre che per le necessarie verifiche circa la titolarità del venditore e l'assenza di vincoli o diritti di terzi sull'immobile compravenduto. Ora sembra proprio che dalla definizione proposta dal *Dictionary* sia agevole comprendere come l'utilizzo del *closing* si sia esteso alle operazioni di *merger & acquisition* ove è altrettanto necessaria, forse meno complessa da raggiungere, la certezza che venga trasferito al compratore “*good and marketable title*” oltre ad assicurare “*the creation of significant legal property rights*” sulle *shares* od *assets* oggetto del trasferimento. L'intervallo di tempo che deve necessariamente trascorrere tra firma del contratto, (in ipotesi lo *share purchase agreement*), ed il *closing* può creare notevoli problemi, nonostante la buona volontà e la diligenza delle parti coinvolte. In parte per ovviare a tali problemi, in parte per la difficoltà di convenire il prezzo al momento della stipula del contratto, frequentemente il prezzo di vendita delle azio-

¹⁷ Ricordando quanto sopra detto circa l'uso del *legalese* sottolineo l'espressione “*conveyancing*”.

¹⁸ Massachusetts Supreme Judicial Court in *Real Estate Bar Association (REBA) v. National Estate Information Services (NREIS)*.

¹⁹ Cfr. *Blacks Law Dictionary* ed. 2004.

ni o dell'azienda viene individuato solo in via indicativa mentre il prezzo definitivo sarà successivamente stabilito mediante la verifica *post closing* di alcuni parametri definiti ed identificati nel contratto medesimo. È prassi molto seguita l'inserimento nei contratti di acquisizione/dismissione di una clausola normalmente rubricata "*Closing Adjustment*" o "*Post Closing Price Adjustment*" ovvero, anche molto frequentemente, di clausole secondo cui il prezzo di acquisto sarà modificato in base alla effettiva redditività dell'azienda o società compravenduta: il così detto *earn out*, da misurarsi in base ai risultati effettivi della *target* in uno o più esercizi successivi al *closing*. Prassi che, generalmente, viene spesso ritrovata anche nei contratti redatti e stipulati in Italia. La clausola relativa al "*Post Closing Price Adjustment*" prevede che il prezzo di acquisto, solitamente, determinato o semplicemente indicato un certo tempo prima della sottoscrizione del contratto ed, ovviamente, ben prima del *closing*, sia soggetto a revisione, in aumento o diminuzione, entro un ragionevole tempo dopo il *closing* stesso, mediante una verifica della situazione patrimoniale, o di altri parametri, riferita alla data del *closing*, della società/azienda compravenduta²⁰. Quando, come sovente accade, il parametro di confronto è la situazione patrimoniale alla data del *closing*, questa, per patto espresso, deve essere redatta utilizzando i medesimi principi contabili utilizzati per redigere la situazione patrimoniale sulla scorta della quale è stato stabilito il prezzo, sia pur provvisorio, dedotto in contratto. Inoltre è frequente che la clausola preveda l'intervento di un esperto contabile per determinare l'importo della revisione del prezzo ovvero per dirimere eventuali controversie, in alternativa all'arbitro od al giudice ordinario, in caso di disaccordo circa il risultato del confronto tra situazione patrimoniale al *closing* e situazione patrimoniale di riferimento.

4. Poiché l'applicazione della clausola può dar luogo a variazioni di prezzo molto significative, l'oggetto delle controversie si è sempre più incentrato proprio sull'applicazione ed interpretazione della stessa ed, in particolare, relativamente ai criteri contabili che l'esperto dovrebbe utilizzare per determinare il *post closing price adjustment*, ovvero circa la natura della controversia stessa e cioè se si verta in una ipotesi riconducibile alla mera ricostruzione contabile del patrimonio della società *ante* ed al *closing* (*accounting arbitration*)²¹, ovvero si controverta di violazione della

²⁰ Si tratta, nella prassi prevalsa nel nostro paese, della *due diligence* effettuata *post closing*, proprio al fine di confermare o modificare il prezzo di acquisto provvisoriamente indicato nel contratto di acquisizione. In tema di *Due Diligence* cfr. Francesco L. Gambaro, *Brevi considerazioni in tema della così detta Due Diligence*, in *Rivista di Diritto Privato* n. 4/2006

²¹ Cfr. ad esempio *Talegen Holdings, Inc v. Fremont General Corp.*, No. 98 Civ. 0366 (DC) 1998: "*courts have consistently found that purchase price adjustment dispute resolution provisions such as the one at issue here constitute enforceable arbitration agreements*".

garanzie o di *misrepresentation (legal arbitration)*. Normalmente, negli Stati Uniti, tali controversie, salvo esplicito patto *inter partes*, sono di competenza dei tribunali ed, ovviamente, l'esperto contabile o l'arbitro non possono dare avvio al procedimento prima che una pronuncia definitiva sia intervenuta a risolvere il problema, che rappresenta una questione preliminare rispetto all'intervento dell'esperto o dell'arbitro. In *Mehiel v. Solo Cup Company*²² la clausola di *closing adjustment* di cui, appunto, si controverte, prevede che l'aggiustamento prezzo avvenga confrontando il *working capital* alla data del contratto (dicembre 2003) ed alla data del *closing* (febbraio 2004). Molto succintamente: l'applicazione della formula di revisione prezzo da luogo a numerose controversie tra le parti stipulanti il contratto del dicembre 2003, tra l'altro si controverte circa la correttezza della registrazione contabile del valore di un impianto industriale stimato in 5,6 milioni di dollari e che nella situazione patrimoniale di riferimento era considerato come bene per la vendita e dunque incluso nel capitale di funzionamento, mentre in sede di verifica, era stato considerato come investimento durevole a lungo termine ed escluso dal *working capital* con conseguente riduzione del prezzo dell'importo di 5.6 milioni. In conformità al dettato contrattuale le parti nominano un *Neutral Auditor* per risolvere le controversie. Il *Neutral Auditor* emette la sua decisione nel maggio 2006. Le parti danno inizio ad una serie di procedimenti giudiziari avanti la *Court of Chancery* dello Stato del Delaware, che attraverso numerosi ricorsi approdano ancora nel 2011 alla *Superior Court*. La corte rileva che poiché le parti hanno convenuto di sottoporre tutte le questioni concernenti la valutazione del capitale di funzionamento *ante e post closing* ad arbitrato contabile, la corte stessa non è competente a conoscere le controversie decise dal *Neutral Auditor* in qualità di arbitro in quanto: "*the Court finds that the proceeding before the Neutral Auditor was a binding arbitration*". conseguentemente: "*The Court further found that the counts brought forth in the complaint were raised and decided at the binding arbitration and, therefore, were res judicata*"²³. Il canone interpretativo di rigoroso rispetto dell'intenzione delle parti come appare dal linguaggio utilizzato in contratto viene seguito anche quando il tribunale è chiamato a decidere quale metodo, tra le varie ipotesi di risoluzione delle controversie contenute nel contratto, debba applicarsi alla lite effettivamente insorta. Il risultato dell'analisi del giudice può risultare sorprendente e perfino "*unpalatable*" per il giudice stesso, ma egli deve sempre cercare di dare effetto a ciascuno dei termini contenuti nel contratto, cercando di evitare di considerare le parole usate nel testo "*redundants*". La sentenza richiamata rileva chiaramente come la clausola in questione costituisca una clausola arbitrale sia ai sensi del *Federal Arbitration*

²² *Mehiel v. Solo Cup Company*, Delaware Cort of Chancery Civil Action n. 1596- N.

²³ L'enfasi è del Giudice

Act sia ai sensi del *Delaware Uniform Arbitration Act*, la pronuncia del *Neutral Auditor* ha definitivamente risolto le controversie legittimamente e correttamente sottoposte ad arbitrato. Un altro caso, giudicato dalla *Court of Chancery* del *Delaware*, è stato molto commentato dai giuristi di oltre Atlantico, oggetto di segnalazione da parte dei colleghi americani e riveste un certo interesse per il tema qui affrontato.²⁴ La controversia concerne la clausola “*Closing Adjustment*” contenuta nel contratto (*Purchase Agreement* del 2 gennaio 2004) stipulato tra *Osi Systems Inc.* e *Instrumentarium Corporation* per l’acquisto da parte della prima dell’azienda indicata in atti come “*Spacelab*”. La clausola in questione inizia prevedendo un prezzo indicativo di 57,348 milioni di dollari che avrebbe dovuto essere modificato applicando la “*Closing Adjustment Formula*” contenuta nella clausola stessa. In estrema sintesi, la formula prevede il confronto tra lo “*Spacelab’s Modified Working Capital*” alla data di riferimento del 30 giugno 2003 ed il “*Final Modified Working Capital*” alla data del *Closing* cioè il 19 marzo 2004, le valutazioni delle parti circa l’ammontare del *Closing Adjustment* sono molto diverse tra loro, per parecchi milioni di dollari, e da tali diverse valutazioni, pur scaturenti dall’applicazione della *Closing Adjustment Formula*, insorge la controversia. Il contratto prevede due diversi tipi di arbitrato: l’arbitrato di una società di revisione contabile indipendente nella clausola di *Closing Adjustment* in caso di dissenso circa l’ammontare del *Final Modified Working Capital* ed una clausola generica di risoluzione delle controversie mediante arbitrato (*legal arbitration*). Mentre OSI ritiene che la controversia debba essere decisa dall’arbitrato contabile, Instrumentarium ritiene che la pretesa di OSI sia una pretesa di risarcimento per violazione delle garanzie e dichiarazioni e pertanto debba essere giudicata in sede di *legal arbitration*. Entrambe le parti si rivolgono al giudice. La corte del Delaware non entra nel merito della controversia circa l’ammontare del *Closing Adjustment*, che deve certamente essere rimessa all’arbitrato, ma decide che la controversia deve essere risolta da *legal arbitration* in quanto: *the closing adjustment arbitration provision in the purchase agreement appears on its face to simply contemplate the use of an Independent Accounting Firm if there are differences of opinion about the amount of Modified Working Capital as of the Closing Date....OSI’s current position involves the Independent Accounting Firm in an entirely different and ambitious role: that of determining that the accounting principles used in the initial reference statement were not compliant with U.S. Gaap. Thus OSI would have to go to the legal arbitrator and prove that the initial calculation was not in accordance with GAAP, which would amount to proving that Instrumentarium breached a representation and warranty and the claim belongs in legal arbitration*. La sentenza ora citata è interessante almeno sotto un profilo: *accounting arbitration* e *legal arbitration* sono “arbitrati” secondo il

²⁴ Si tratta del caso *OSI Systems Inc., v. Instrumentarium Corporation* C.A. 1374-N, deciso il 14 marzo 2006

Federal Arbitration Act e le altre norme federali o statali, che non solo disciplinano, ma incoraggiano l'uso dell'arbitrato, la differenza è riscontrabile solo nella diversa professionalità e competenza tecnica dell'arbitro e nell'ampiezza del mandato conferito al medesimo. La clausola di *Closing Adjustment* nel contratto esaminato dalla corte del Delaware prevede che le parti sottopongono il loro eventuale disaccordo circa la determinazione del *Final Working Capital Statement* a "an independent certified public accountant firm in the United States of recognition mutually acceptable to Instrumentarium and OSI (the "Independent Accounting Firm")" mentre la clausola arbitrale generica prevede che ogni controversia, ivi incluse quelle relative alla violazione della garanzie e dichiarazioni "be finally settled by binding arbitration in Wilmington, Delaware, administered by CPR Institute for Disputes Resolution under its commercial Arbitration Rules then in effect, as amended by this Agreement". La corte del Delaware non si interroga circa la validità o meno delle due clausole arbitrali contenute nel contratto *de quo*, che considera fuori discussione e non revocata in dubbio dai litiganti, si limita ad interpretare la volontà delle parti circa il "tipo" di arbitrato voluto, tra le due ipotesi previste nel contratto stesso, per la risoluzione della controversia effettivamente insorta. Che gli *Accounting Arbitration Awards* siano lodi arbitrali a tutti gli effetti è giurisprudenza costante negli States²⁵. In un caso deciso dalla *Court of Chancery* del Delaware²⁶ il *Merger Agreement* oggetto della controversia conteneva ben quattro diverse ipotesi di arbitrato per consentire la risoluzione delle eventuali controversie da parte di arbitri specialisti o, comunque, esperti nella materia oggetto della controversia²⁷. Non sembra stupefacente che le parti non siano riuscite ad accordarsi sul tipo di arbitrato cui devolvere la soluzione della specifica controversia. Il giudice adito osserva che, in linea di principio, la questione

²⁵ La questione è stata più volte esaminata in sede di impugnativa di Accounting Arbitration Awards, cfr ad esempio *Anderman/Smith Operating Co., v. Tennessee Gas Pipeline Co.*, No. 90-1515918 F.2d 12 15 Dec. 13, 1990., ove viene chiaramente riaffermato: "The standard of review of an arbitration award is well settled. The federal courts will defer to the arbitrator's resolution of the dispute whenever possible. The Congressional policy of promoting arbitration requires that courts do not intrude unnecessarily into questions that have been settled by an arbitration process agreed to by the parties, lest the efficiency of the arbitration process be lost. Thus, judicial review of arbitration awards is extremely limited, The standard of review is thus a very deferential one. This Court must sustain arbitration awards even if it does not agree with the arbitrator's interpretation of the contract. The Supreme Court has held that as long as the arbitrator's decision "draws its essence" from the contract, the award must be confirmed"

²⁶ Cfr il già citato caso *Matria Healthcare Inc v. Coral SR LLC*

²⁷ Scrive il Giudice Noble nel caso sopra richiamato: "Although Matria and Coral agreed to submit all disputes arising under the Merger Agreement to arbitration, they did not agree to submit all of the arbitration disputes to the AAA. Instead the Merger Agreement establishes four separate arbitration processes; there is no arbitration clause generally providing for arbitration of all all disputes and also incorporating a set of arbitration rules ... the arbitration referencing the Commercial Arbitration Rules of the AAA is not a clause providing for arbitration generally because of the matters which are expressly excepted from its scope"

della competenza degli arbitri è rimessa al giudice ordinario, salvo che le parti non abbiano espressamente pattuito che l'arbitro stesso debba conoscere anche delle *questions of arbitrability*, ma in tal caso deve aversi una “*clean and unmistakable evidence that they [le parti] did agree to arbitrate arbitrability*”. La clausola suggerita dal *Warren's Forms of Agreements* (parzialmente riportata più avanti) infatti prevede espressamente che “*the arbitrability of any such dispute, claim or controversy shall likewise be determined in such arbitration*”. Le nostre norme in materia di arbitrato attribuiscono all'arbitro la *kompetenz kompetenz* senza la necessità di apposita pattuizione *inter partes* (cfr. articolo 817 primo comma del codice di procedura civile). Anche questa fondamentale differenza nel rito rende problematico il recepimento nei contratti disciplinati dalla legge italiana delle formule americane, pensate e costruite anche in funzione delle norme processuali non solo federali ma anche statali. Nella limitata materia qui esaminata, parzialmente simile alla soluzione adottata dalle corti americane è la soluzione elaborata dai tribunali inglesi, il cui atteggiamento è ben sintetizzato dalla High Court nella sentenza *Wilky Property*²⁸. Nel 1996 Wilky Property Holdings PLC (“Wilky”) e London & Surrey Investments Ltd (“LSI”) stipulano un contratto di consulenza che alla clausola 22 prevede: “*If there is any difference or dispute as to the meaning or effect of the terms of this letter of appointment, or the calculation of the Profit Share to be paid thereunder, we agree and acknowledge that either you or we acting independently shall be at liberty to refer any such dispute to an independent expert to be appointed by either you or ourselves jointly, but in the event that you or ourselves can not agree upon such an expert, then either we or yourselves shall request the president of the Royal Institution of Chartered Surveyors to appoint an expert to determine the dispute, whose decision thereon, and the liability for the costs of the referral, shall be binding upon ourselves and yourselves.*”. Nel 2009 LSI risolve il contratto. Successivamente LSI chiede a Wilky di procedere alla nomina dell'esperto di cui alla clausola 22 e Wilky promuove una causa chiedendo al giudice adito di chiarire la effettiva portata della clausola 22. A sua volta LSI chiede al giudice di accertare che la clausola 22 prevede di risolvere le controversie nascenti dal contratto mediante arbitrato ai sensi dell'*Arbitration Act 1996*. La corte decide che la clausola 22 indica il ricorso alla determinazione di un esperto, tra l'altro richiamando il precedente *Barclays v. Nylon*²⁹ il cui giudice aveva sostenuto che se le parti hanno scelto un particolare modo di risoluzione delle controversie, il giudicante non può non adeguarsi a tale scelta anche se la ritiene inappropriata. Entrambe le sentenze ora richiamate chiariscono che l'utilizzo in una clausola contrattuale delle parole “*expert*” ed “*expert determination*” devono essere interpretate come volontà di non ricorrere all'arbitrato

²⁸ *Wilky Property Holdings Plc v London & Surrey Investments Ltd* [2011] EWHC 2226 (Ch),

²⁹ *Barclays Bank PLC v Nylon Capital LLP* [2011] EWCA Civ 826

disciplinato dall'*Arbitration Act 1996* bensì alla determinazione di un o più esperti della materia in cui ricade la specifica questione, con tutte le conseguenze che ne derivano: mentre l'arbitrato è disciplinato dall'*Arbitration Act 1996*, la determinazione dell'esperto non ha alcuna disciplina normativa, di tal che non è ipotizzabile una impugnativa presso il giudice ordinario della decisione dell'esperto³⁰. Anche in Inghilterra i giudici si limitano ad accertare la volontà delle parti per la risoluzione delle loro effettive controversie contrattuali. In estrema sintesi nel sistema inglese la differenza tra arbitro ed esperto è così riassumibile: l'arbitro ha ampi poteri di gestione del procedimento, ad esempio può ordinare l'esibizione di documenti, deve valutare le prove offerte dalle parti anche utilizzando le proprie competenze, ma non può introdurre prove nuove o diverse da quelle offerte dalle parti³¹. L'esperto invece deve usare la propria competenza e conoscenza e può svolgere le indagini che ritiene opportune ed acquisire gli elementi di fatto che ritiene necessari alla propria decisione, teoricamente l'esperto potrebbe procedere alla valutazione richiesta senza che le parti offrano alcun elemento di prova, tuttavia l'esperto non dispone dei poteri dell'arbitro e, per esempio, non può ordinare l'esibizione di documenti, ma, soprattutto, a differenza dell'arbitro, l'esperto può essere chiamato a rispondere per negligenza. Mi pare poter notare che, quando insorge controversia circa l'applicazione ed interpretazione delle clausole di *price adjustment/earn out*, sia in America che in Inghilterra nel caso in cui le parti non si accordino sulla individuazione del metodo di risoluzione della specifica controversia, tra le diverse ipotesi dedotte in contratto, *legal arbitration o accounting arbitration* negli USA, *arbitration o expert determination* in UK, sarà la corte ad indicare quale procedimento, tra quelli indicati in contratto, dovrà concludere la lite insorta. Le clausole di risoluzione delle controversie

³⁰ L'*Arbitration Act* ora citato non conosce espressamente la figura dell'arbitratore come disciplinata dal nostro Codice Civile. Distingue invece la figura dello *Arbitrator* da quella dello *Umpire*: "21 *Umpire*. (1) *Where the parties have agreed that there is to be an umpire, they are free to agree what the functions of the umpire are to be, and in particular: (a) whether he is to attend the proceedings, and (b) when he is to replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards.* (2) *If or to the extent that there is no such agreement, the following provisions apply.* (3) *The umpire shall attend the proceedings and be supplied with the same documents and other materials as are supplied to the other arbitrators.* (4) *Decisions, orders and awards shall be made by the other arbitrators unless and until they cannot agree on a matter relating to the arbitration. In that event they shall forthwith give notice in writing to the parties and the umpire, whereupon the umpire shall replace them as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator.* (5) *If the arbitrators cannot agree but fail to give notice of that fact, or if any of them fails to join in the giving of notice, any party to the arbitral proceedings may (upon notice to the other parties and to the tribunal) apply to the court which may order that the umpire shall replace the other arbitrators as the tribunal with power to make decisions, orders and awards as if he were sole arbitrator.* (6) *The leave of the court is required for any appeal from a decision of the court under this section*"

³¹ Cfr: *St George's Investment Co v. Gemini Consulting Ltd* [2005] 1 ECLR 5 e *Checkpoint Ltd v. Strathclyde Pension Fund* [2003] 1 ECLR 1 C.A.

in materia di *price adjustment/learn out* sono costruite sul presupposto che l'eventuale intervento del giudice, interpretando le clausole contenute nel contratto, rinvii le parti ad una delle forme ipotizzate nel contratto per risolvere la specifica controversia effettivamente insorta.

Una tipica clausola americana di risoluzione delle controversie concernenti la determinazione del *price adjustment/learn out* è facilmente rintracciabile nel già ricordato *Warren's Forms of Agreements*,³² molto utilizzato negli USA. Nella clausola suggerita nel Warren's è evidente il tentativo di distinguere tra *legal arbitration* ed *accounting arbitration*, nel testo infatti viene prevista una speciale procedura per risolvere eventuali *accounting disputes*: *In the event of an accounting dispute between the parties hereto with respect to the matters set forth in Sections 3.1 through 3.3 (inclusive)* [le clausole di *post closing adjustment/learn out*, appunto] *above, rather than resort to the arbitration provisions of Section 13.4* [la clausola arbitrale generica]³³, *above, the parties will attempt in good faith, for a period of thirty (30) days, to negotiate a mutually-agreeable resolution of such dispute. If such dispute is not so resolved, it shall be settled by an accounting firm in San Diego, California*³⁴ *in accordance with the terms of this Section 13.5 (an "Accounting Firm"), and judgment upon the decision may be entered in any court having jurisdiction thereof. Any party requesting an Accounting shall serve a written demand for such Accounting on the other party (an "Accounting Notification"). Such Accounting Notification shall set forth a statement of the nature of the dispute and the maximum amount disputed (the "Disputed Amount"). ... omissis ... The Accounting Firm selected by the parties shall be directed to render an Accounting to resolve the dispute within sixty (60) calendar days of the selection of the Accounting Firm. Such Accounting shall be final and binding regardless of whether any party fails or refuses to participate in the Accounting and shall be set forth in a notice delivered to the parties by the Accounting Firm ... omissis ... The respective positions taken by the parties shall serve as the boundaries of the range within which the determination shall be made.*³⁵

5. Nella prassi attuale, le clausole che prevedono una revisione del prezzo basata sulla effettiva redditività dell'azienda o società compravenduta in un determinato periodo di tempo successivo al *closing* sono sempre molto complesse ed articolate. Innanzi tutto la verifica della redditività deve riferirsi ad un lasso di tempo che la renda significativa e cioè, come minimo, almeno due/tre anni dopo il *closing* ed i

³² *Warren's Forms of Agreements*, Lexis Nexis-Mathew Bender 1997.

³³ In parentesi quadra note dell'autore

³⁴ La clausola riportata è, per espressa indicazione del Warren's concepita per la legge della California, applicabile al contratto.

³⁵ *Form 8.6.02 sale of a going business.*

parametri da utilizzare nella verifica stessa diventano di problematico accertamento anche, ma non solo, perché l'azienda/società dopo il *closing* è gestita dal compratore che, proprio in considerazione dell'obbligo di corrispondere un incremento del prezzo, potrebbe essere tentato di mettere in atto comportamenti tesi ad abbassare la redditività dell'impresa nel periodo considerato. Le controversie, infatti, spesso insorgono quando il venditore ritiene che il compratore utilizzi, dopo l'acquisizione, metodi e/o principi contabili diversi da quelli utilizzati dal venditore *ante closing*, ovvero stia artificialmente riducendo il fatturato o, sempre artificialmente, incrementando gli investimenti (i casi citati sorgono, tra l'altro, anche per tali accuse rivolte al compratore). In particolare il problema diventa molto complesso se durante il periodo di *earn out* il compratore vende la *target* ad un terzo. Tipicamente il sistema *earn out* è utilizzato quando compratore e venditore non riescono ad accordarsi sul valore della società/azienda *target*, esso è particolarmente utilizzato quando l'oggetto dell'acquisizione/dismissione è un'impresa molto dinamica od operante in un settore innovativo. Tuttavia la complessità del metodo comporta necessariamente il rischio di fraintendimenti ed abusi e conseguentemente di lunghe e costose controversie, specialmente quando le relative clausole non sono accuratamente redatte. Questi problemi spesso implicano che, dopo complessi negoziati, venga abbandonata l'ipotesi di calcolare il prezzo sulla base dello *earn out*. Tuttavia, le *litigations* in materia sono piuttosto frequenti e comunque sempre assai complesse e costose. Per altro, anche i Giudici d'oltre oceano nutrono un certo scetticismo circa questo tipo di clausole, vorrei ricordare, a mero titolo di esempio, quanto scrive il Vice Chancellor Laster nel provvedimento che conclude uno dei numerosi procedimenti insorti tra *Airborne Health Inc.* e *Squid Soap Ip*³⁶: “*What an earn-out (and particularly a large one) typically reflects is disagreement over the value of the business that is bridged when the seller trades the certainty of less cash at closing for the prospect of more cash over time. In theory, the earn-out solves the disagreement over value by requiring the buyer to pay more only if the business proves that it is worth more. But since value is frequently debatable and the causes of underperformance equally so, an earn-out often converts today's disagreement over price into tomorrow's litigation over the outcome*”. In tale contesto le controversie relative all'ammontare dell'eventuale *earn out*, inevitabilmente, sfociano in ambiti ben diversi dal semplice computo contabile dei risultati (positivi o negativi) della società/azienda *target* nel periodo di riferimento, ambiti che, in linea di principio, esulano dalla competenza di *accounting arbitrators*. Molti procedimenti giudiziari approdano innanzi ai giudici ordinari a seguito del tentativo di una parte di far risolvere tutte le controversie insorte dagli *accounting arbitrators* usualmente indicati nelle clausole *post closing price adjustment* od *earn out*. In generale le

³⁶ *Airborne Health Inc. and Weil, Gotshal & Manges LLP v. Squid Soap LP*, cui si farà cenno più oltre.

corti americane adottano una interpretazione rigida della clausola e, quando il tenore della clausola è sufficientemente ampio, rinviando ai *legal arbitrators*, ogni volta che l'oggetto, anche potenziale, della controversia possa essere ricondotto a temi diversi dalla semplice ricostruzione contabile dei documenti, appunto, contabili di riferimento per determinare il *price adjustment/earn out*. In mancanza di una clausola arbitrale di ampio tenore, le parti sono costrette ad avviare la controversia innanzi ai giudici togati³⁷. In ogni caso è certamente frustrata la volontà di ottenere una rapida soluzione delle possibili controversie ed i tempi diventano biblici ed i costi salgono alle stelle come nel già ricordato caso *Mehiel*, iniziato nel 2004 ed ancora pendente nel 2011. Si deve aggiungere che quando la controversia, allargata a questioni relative a *breaches of warranties and representations* approda innanzi al magistrato i risultati possono essere sconcertanti. Nell'ottobre del 2009, la Corte d'Appello del First Circuit ha ritenuto che la legge del Massachusetts riconosca una obbligazione implicita (*implied obligation*) gravante sul compratore di esercitare ogni ragionevole sforzo per sviluppare e promuovere la tecnologia della società *target* quando il venditore è beneficiario di un *earn out* basato sulle vendite future dei prodotti che derivano da tale tecnologia.³⁸ La corte osserva che nel caso concreto, nel contratto *de quo*, non è prevista alcuna deroga a tale obbligazione, né alcuna riserva da parte del compratore di gestire dell'azienda acquisita a suo giudizio e discrezione. In tale contesto il compratore è potenzialmente responsabile per non aver sufficientemente investito nello sviluppo della tecnologia al fine di facilitare il raggiungimento degli obiettivi che avrebbero fatto maturare il diritto all'incremento del prezzo in forma di *earn out*³⁹. Non è tuttavia sempre agevole persuadere la corte che il compratore ha violato il "*covenant of good faith and fair dealing*" quando il contratto prevede a favore del venditore un importante importo a titolo di *earn out*. Una corte del Delaware⁴⁰ ha rigettato la relativa pretesa del venditore, sia pur riconoscendo, in linea di principio, che la legge del Delaware prevede un "*implied covenant of good faith and fair dealing*" nel caso di un'acquisizione il cui prezzo comprendeva

³⁷ Cfr ad esempio: *Supreme Court of Texas, 07/0583, in Re. Americredit Financial Services, Inc., Americredit Corp. And Bay View Acceptance Corp.*: "the PPA clause in this case calls for the use of accountants as arbitrators for price disputes and courts in other jurisdictions recognize that because accountants have a complete lack of expertise in law the arbitration clause should narrowly construed ... the dispute resolution provision at issue is narrow in scope, limiting objections to matters involving the calculation of the Final closing Statement and the Adjusted Amount and does not provide for the independent accountant or the arbitration procedure to resolve whether the parties breached the agreement".

³⁸ *Sonoran Scanners Inc. v. PerkinElmer Inc.* No 09 – 1089 October 29, 2009. Scrive il Giudice Dyk, estensore della sentenza: *However, we conclude that under Massachusetts law the purchase agreement contains an implied contractual term that require PerkinElmer to use reasonable efforts to develop and promote Sonoran's technology.*

³⁹ Ritiene il Giudice nella medesima sentenza; "here various aspects of the purchase agreement in addition to the contingent nature of Sonoran's compensation support its argument that the reasonable effort term was implicit"

⁴⁰ Si tratta del già citato caso *Airborne Health Inc. and Weil, Gotshal & Manges LLP v. Sqid Soap LP*

una cospicua parte in forma di *earn out*. Il giudice ha ritenuto infondata la domanda in assenza di precise indicazioni contrattuali ed in mancanza della prova che un *implied covenant* trovasse fondamento in chiare, univoche ed espresse pattuizioni da cui inferire il preteso obbligo⁴¹. Conclude infatti il giudice Laster nel già ricordato provvedimento: “*This is not a case in which Squid Soap has been deprived of the fruit of its bargain arbitrarily or in a manner where the implied covenant of good faith and fair dealing should come into play. The price of the greater consideration that Squid Soap hoped to achieve through the earn-out was the risk that Airborne would fail. Unfortunately for Squid Soap, Airborne did not succeed, but that does not allow Squid Soap to rewrite the deal it cut in more optimistic days. I therefore enter judgment on the pleadings against Squid Soap and in favour of Airborne on Squid Soap’s implied covenant claim.*” Le decisioni della giurisprudenza americana possano essere diverse ed in parte contrastanti⁴², così che le clausole in esame possono risultare oggetto di differenti valutazioni a seconda della legge statale, non solo sostanziale ma anche di procedura, applicabile. Normalmente le conseguenze, negative per il compratore, dell’*implied covenant of good faith and fair dealing* possono essere mitigate inserendo nel contratto dettagliate indicazioni circa la conduzione della società *target*, tuttavia ciò non è sempre sufficiente: una serie di recenti sentenze delle corti del Delaware ha messo in luce come sia impossibile prevedere nelle clausole di *earn out* tutte le eventualità che possono presentarsi nell’arco del periodo di riferimento per il calcolo dell’*earn out* stesso, sia esso a favore del venditore o del compratore. In un caso La Court of Chancery del Delaware ha condannato Amerisourcebergen Corporation⁴³ a pagare 21 milioni di dollari agli azionisti dell’acquisita Bridge Medical Inc. Il provvedimento (*Memorandum Opinion*) cui si fa cenno è stato scritto dal Giudice William B. Chandler III ed è di piacevole lettura oltre che per profondità dell’analisi per arguzia e *humour*⁴⁴. Il meccanismo previsto in contratto (il *Merger Agreement*) per il calcolo dell’ammontare dell’eventuale *earn out* è, al solito, molto complesso ed inol-

⁴¹ Srive il Vice Chancellor Laster in proposito: “*the implied covenant of good faith and fair dealing inheres in every contract governed by Delaware law ... the implied covenant only applies where a contract lacks specific language governing an issue and the obligation the court is asked to apply advances and does not conflict the purposes reflected in the express language of the contract*”

⁴² Ad esempio nel caso *Richmond v. Peters et al.* (155 F. 3d 1215 6th Circuit 1998) la corte ha ritenuto che la legge dello Stato dell’Ohio non crea alcuna “*implied obligation of good faith and fair dealing*” tra le parti, pur in presenza di una *earn out clause*.

⁴³ *William J. LaPoint and John M. Nehra v. Amerisourcebergen Corporation* C.A No 327 CC September 4, 2007.

⁴⁴ Così il Giudice Chandler introduce l’analisi in fatto: “*This case falls into an archetypal pattern of doomed corporate romances. Two companies Bridge Medical, Inc. and AmerisourceBergen Corporation agree to merge, each convinced of a happy future filled with profits and growth. Although both partners harbour some initial misgivings, the merger agreement reflects these concerns, if at all, in an inaccurate and imprecise manner. After some time, the initial romance fades, the relationship consequently sours, and both parties find themselves before the Court loudly disputing what the merger agreement “really meant” back in its halcyon days.*”

tre viene assunta da Amerisourcebergen l'obbligazione di promuovere i prodotti dell'acquisita e di astenersi dal promuovere e vendere i prodotti concorrenti di altri, la sentenza richiamata riporta la seguente clausola *del Merger Agreement*: “*Amerisourcebergen agrees to (and shall cause each of its subsidiaries to) exclusively and actively promote Bridge’s current line of products and services for point of care medication safety. Amerisourcebergen shall not (and shall cause each of its subsidiaries to not) promote, market or acquire any products, services or companies that compete either directly or indirectly with Bridge’s current line of products and services*”. Dopo una lunga fase istruttoria, la corte rileva nel comportamento dell'acquirente una violazione dell'obbligo di promuovere “*exclusively and actively*” i prodotti della società *target*. Il caso sottoposto al giudizio del giudice Chandler è estremamente complesso, anche a causa della imprecisa redazione delle clausole che prevedono l'*earn out* a favore del venditore⁴⁵. Nell'emettere il proprio giudizio il giudice si ricollega ad un principio da sempre seguito dalle corti americane: “*In order to prevail on their claim for breach of contract, plaintiffs must show by a preponderance of the evidence: first, that an express or implied contract existed; second, that defendant breached that contract; and third, that the breach of contract led to damages suffered by plaintiffs*”. Analizzando le prove offerte dalle parti il Giudice giunge alla conclusione che: “*On the one hand, plaintiffs stand to benefit handsomely from some craftily-designed transactions that take advantage of clauses in the merger agreement that are unfortunately, but not ambiguously, drafted. On the other hand, defendant has presented a host of arguments that fly in the face of common principles of contractual interpretation. Having arrived at the courthouse realizing that the merger agreement exposes defendant to considerable risk, defendant now asks the Court to subtly rewrite it by inserting provisions that simply do not exist.*” e così conclude il provvedimento: “*Plaintiffs are entitled to nominal damages of six cents in compensation for defendant’s various breaches of their contractual duties, and \$21 million arising from miscalculations to 2003 Adjusted EBITA. Parties shall confer and submit to the Court a form of Order implementing this decision within five days. It is so ordered*”. Dal breve e molto sommario *excursus* che precede mi sembra emerga che, anche nel paese di origine, le clausole di *post closing price adjustment* e di *earn out* creino notevoli problemi sia al momento della negoziazione che al momento di darvi pratica attuazione e che le corti guardino alla relativa prassi con occhio critico,

⁴⁵ Annota il Giudice: “*The merger agreement specifies a sliding scale of earnout payments depending upon the Adjusted EBITA achieved by Bridge in 2003 and 2004. EBITA was to be calculated according to GAAP and adjusted according to the provisions of the merger agreement. In 2003, former Bridge shareholders would receive no earnout payments if Adjusted EBITA fell below \$ 2.31 million, and would receive a maximum earnout of \$21 million if Adjusted EBITA exceeded \$ 4.29 million. In 2004, former Bridge shareholders were to receive no earn out if Adjusted EBITA did not reach \$ 5.46 million, and would receive a maximum of \$34 million if Adjusted EBITA exceeded \$ 11.83 million.*”

sia pur rispettando scrupolosamente la volontà delle parti, almeno nel senso da loro interpretato. Per altro la necessità di accertare in primo luogo se *post closing price adjustment* od *earn out* sono effettivamente maturati a favore del venditore spesso si traduce in aspre controversie tra *buyer and seller* ed in elevatissimi costi per esperti contabili e per avvocati. È di tutta evidenza, infatti, che tali clausole devono essere necessariamente completate dalla previsione di un meccanismo che consenta di superare la quasi inevitabile differenza di opinione tra compratore e venditore circa il risultato del calcolo e, sovente, anche circa i criteri adottati per pervenire ad un risultato che, inevitabilmente, scontenta una delle parti. Spesso, come sopra sommariamente visto, quando la controversia si estende a questioni più ampie ed a pretese di *breach of contract* non sono sufficienti le clausole che rimettono la soluzione delle controversie ad *accounting arbitration*, cioè al giudizio di esperti contabili ed, inevitabilmente, le parti compaiono innanzi al giudice. Naturalmente quanto sopra riportato non pretende di analizzare il sistema americano ne, tanto meno, di dar conto della giurisprudenza in materia di interpretazione del contratto. I richiami ad alcune e poche sentenze delle corti americane hanno il solo scopo di indicare come anche nel paese di origine le clausole qui commentate siano suscettibili di interpretazioni controverse e, dunque, di dar luogo, non infrequentemente, a lunghi e costosi procedimenti giudiziari, nonostante l'accuratezza e puntigliosità profuse nella loro redazione.

6. Benché le clausole *post closing price adjustment* ed *earn out* creino anche nell'ordinamento di origine numerosi problemi, nel nostro paese la prassi del loro utilizzo è sempre più consolidata. In Appendice 1 si riporta una clausola avente ad oggetto la determinazione del *price adjustment*, contenuta in un contratto (redatto in lingua inglese) stipulato in Italia, cui si applica il diritto italiano ed in cui viene indicato il foro di Milano per la risoluzione delle future controversie, diverse da quelle relative al calcolo del *price adjustment*. È facile notare come la clausola, sia molto simile ai modelli anglosassoni sopra ricordati. In entrambe le formulazioni (quella americana e quella italiana) le controversie relative al calcolo dell'aggiustamento del prezzo dovrebbero essere risolte da esperti in materia contabile, che, tuttavia, sembrerebbero chiamati a svolgere ruoli molto diversi tra loro: la versione italiana dello *standard* americano introduce il richiamo all'articolo 1349 del codice civile così attribuendo all'*Independent Accountant* il ruolo di "arbitratore" mentre nel testo della clausola apparirebbe che l'*Independent Accountant* dovrebbe svolgere il ruolo del perito, che verifica i conteggi e determina una grandezza aritmetica, un valore contabile. La clausola risultante da un compromesso tra istituti di diritto americano ed istituti di diritto italiano risulta ambigua, si vedranno più oltre le possibili conseguenze di tale ambiguità.

Ho spesso notato che gli strumenti “alieni” come le clausole relative al *closing*, al *closing adjustment* e, soprattutto all’*earn out* siano utilizzate semplicemente traducendo in lingua italiana esempi americani, talvolta, anche, senza distinguere tra arbitrato, arbitraggio, e perizia contrattuale; distinzione irrilevante nella prassi americana e solo parzialmente nota in Inghilterra (*arbitrator/expert*), ma da noi doverosa. È appena il caso di ricordare come il termine inglese “*arbitrator*” corrisponda all’italiano “arbitro”. Per altro i colleghi americani pensano e redigono le clausole *de quo* anche in funzione delle norme che disciplinano i procedimenti civili che, non solo nel loro paese divergono da Stato a Stato, ma che sono molto diverse dalle norme processuali italiane. Il sistema adottato dal legislatore italiano e dalla nostra giurisprudenza è molto più rigido. È nota la distinzione tra arbitrato ed arbitraggio secondo cui l’arbitrato opererebbe rispetto a rapporti perfetti, ma controversi, mentre l’arbitraggio avrebbe riferimento a contratti conclusi ma non completi⁴⁶. Inoltre diversa sarebbe la funzione delle due figure: l’arbitrato sarebbe destinato a risolvere una controversia (attuale o potenziale) mentre l’arbitraggio sarebbe destinato a determinare elementi del negozio non definiti dalle parti, di tal che nel secondo potrebbe mancare il conflitto di interessi, ovvero una pretesa resistita⁴⁷. Ha contorni più incerti la perizia contrattuale che non ha una base normativa, ma è stata creata dalla giurisprudenza come un incarico conferito ad un terzo di svolgere, in base alla propria competenza tecnica, accertamenti e verifiche di una determinata situazione di mero fatto⁴⁸. In breve l’arbitratore non decide una controversia, non attribuisce ragione o torto sulla base delle domande e sulla base delle prove offerte dalle parti, bensì interviene in sostituzione delle parti per determinare taluni elementi del contratto omissi dalle parti stesse (cfr articoli 1349 e 1473 del codice civile). La perizia contrattuale presuppone, invece, un conflitto di interessi che, tuttavia, non costituisce una controversia giuridica, ma implica la formulazione di un apprezzamento tecnico⁴⁹. Ritiene la nostra Corte di Cassazione che “è configurabile un arbitrato irrituale quando la volontà delle parti è diretta a conferire all’arbitro il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra le parti in ordine a determinati rapporti giuridici mediante una composizione amichevole, conciliativa o transattiva, o mediante un ne-

⁴⁶ Cfr C. Punzi, *Disegno Sistemático dell’Arbitrato*, seconda edizione Padova 2012.

⁴⁷ Oltre a Punzi op. cit pagg 11 e segg. Cfr. S.Aloisio *Arbitraggio* in AA. VV. *Dizionario dell’Arbitrato*, Torino 1997, D. Corapi, *Perizia Contrattuale e Arbitrato. Clausola Arbitrale e Contratto a favore di Terzo* in *Rivista dell’arbitrato*, 1995. M. Bove *La Perizia Arbitrale*. Giappichelli 2001. P. Bernardini *Il Diritto dell’Arbitrato* Bari 1998. F.P. Luiso, *L’Oggetto del Processo Arbitrale* in *Rivista dell’Arbitrato* 1996.

⁴⁸ Nega l’autonomia della perizia contrattuale e l’assimila all’arbitraggio E.Fazzalari, *Arbitrato e arbitraggio*, in *Rivista dell’arbitrato*, 1993 e *L’Arbitrato*, Torino 1997 pagg 27 e segg.

⁴⁹ Cfr Cassazione Civile 22 maggio 2007 n.11876.

gozio di mero accertamento, riconducibili alla volontà delle parti, mentre è configurabile una perizia contrattuale quando le parti devolvono al terzo, o terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, non già la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva⁵⁰. Dunque la determinazione del *post closing adjustment* che si risolve nel mero calcolo contabile della differenza tra due grandezze: ad esempio il patrimonio netto di riferimento ed il patrimonio netto alla data del *closing*, sembra configurare un mandato ad eseguire una perizia contrattuale in cui l'esperto utilizza la propria particolare competenza tecnica, ma gli è precluso qualunque intervento discrezionale sulla materia sottoposta al suo esame. La nostra giurisprudenza è del tutto costante nel tracciare la distinzione tra gli istituti: "Si ha arbitrato irrituale o libero quando la volontà delle parti è diretta a conferire all'arbitro (o agli arbitri) il compito di definire in via negoziale le contestazioni insorte o che possono insorgere tra le parti in ordine a determinati rapporti giuridici, mediante una composizione amichevole, conciliante o transattiva, o mediante un negozio di mero accertamento, riconducibili alla volontà delle parti e da valere come contratti conclusi dalle stesse, poiché queste si impegnano a considerare la decisione degli arbitri come espressione della loro volontà; si ha, invece, perizia contrattuale quando le parti devolvono al terzo, o ai terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, non già la risoluzione di una controversia giuridica, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva; la distinzione tra arbitrato irrituale e perizia contrattuale (come quella tra detti istituti e l'arbitrato rituale) va ricercata con riguardo al contenuto obiettivo del compromesso ed alla volontà delle parti; la relativa indagine, pertanto, trattandosi di *quaestio facti* e *quaestio voluntatis*, rientra esclusivamente nei poteri del giudice di merito"⁵¹. Il sistema si appalesa molto rigido in alcune pronunzie che hanno comminato la nullità delle decisioni pronunziate oltre i limiti del mandato conferito dalle parti nel contratto per la risoluzione della questione specifica: scrive la Suprema Corte in proposito:⁵² "Ed invero, l'oggetto di ciò che le parti hanno qualificato come arbitrato con la clausola contrattuale n. 15 si identificava con la rinnovazione della verifica, demandata in prima istanza alla Commissione costituita ai sensi della clausola n. 14 della positività della sperimentazione effettuata dalla Hydrocel, vale a dire della idoneità dei risultati di essa a giustificare la realizzazione dell'impianto e l'avviamento della produ-

⁵⁰ Cassazione Civile, sez. II, 26 aprile 2002, n. 6087.

⁵¹ Cassazione Civile sez. III, 21 maggio 1999, n. 4954.

⁵² Cassazione Civile, sez. I, 29 ottobre 1999, n. 12155.

zione. Tale previsione convenzionale, dalla quale esula ogni riferimento a conflitti giuridici, si discosta radicalmente dal modello normativo dell'arbitrato quale delineato nell'art. 806 c.p.c. ... *omissis* Ci si trova, dunque, in presenza di una previsione riconducibile alla figura nata dalla pratica, chiarita dalla dottrina, e riconosciuta nella sua autonoma rilevanza dalla giurisprudenza della perizia contrattuale, la quale, differenziandosi sia dall'arbitrato rituale o irrituale con cui le parti tendono (in diversi modi) alla definizione di una controversia, sia dall'arbitraggio avente ad oggetto l'incarico di determinare uno degli elementi del negozio in via sostitutiva della volontà delle parti, si configura allorché le parti conferiscono al terzo lo svolgimento, in base alla sua specifica capacità tecnica, di constatazioni e di accertamenti il cui esito esse si impegnano ad accettare (v., nella giurisprudenza: Cass. 23 ottobre 1998 n. 10554 e Cass. 18 febbraio 1998 n. 1721) nel senso che pur rientrando la perizia contrattuale e l'arbitrato irrituale, quanto alla loro fonte genetica, nel *genus* del mandato, la prima tuttavia differisce dal secondo in quanto con la perizia contrattuale viene conferito a una o più persone specificamente competenti l'incarico di compiere un accertamento tecnico che le parti preventivamente si vincolano ad accettare come diretta espressione della propria volontà, ma non anche quello di elaborare la soluzione di una controversia giuridica. Ha errato, dunque, il giudice dell'impugnazione nel non ravvisare nella fattispecie gli estremi della prospettata ipotesi di nullità di cui all'art. 829 comma primo n. 1 c.c. Si accede, quindi, in ordine logico formale: all'accoglimento dell'appello principale; all'accoglimento del ricorso incidentale. Conseguono la cassazione della sentenza impugnata. Ma a questo punto assume rilevanza il carattere sostanzialmente pregiudiziale della *ratio* dell'accoglimento dell'impugnazione incidentale, che consente a questa Corte, nell'esercizio del potere conferitole dall'art. 384 comma primo seconda ipotesi c.p.c. (novellato), in assenza di necessità di ulteriori accertamenti valutativi di merito e in via di inderogabile consequenzialità del difetto di estremi di proponibilità di un arbitrato rituale in correlazione con la clausola "*de qua*", di pronunciare la decisione sul merito dell'impugnazione del lodo, di questo dichiarando, per tale (determinante e assorbente) ragione, la nullità, senza residua possibilità di accesso a giudizio rescissorio". Dalla lettura del contratto proposta dalla Corte nel provvedimento citato si evince che le parti hanno sottoposto agli arbitri quesiti non arbitrabili in quanto era del tutto assente una controversia giuridica. Da tale fraintendimento della relativa clausola discende la nullità del lodo. Il testo della clausola stessa e l'effettiva attività svolta dai mandatari portano i giudici ad identificare nella perizia contrattuale l'effettivo voluto dalle parti. Non è certamente questa la sede per soffermarmi sulla definizione e natura dell'arbitrato quanto, piuttosto, sull'utilizzo dei tre istituti arbitrato, arbitraggio o perizia contrattuale nella redazione delle clausole qui esaminate alcune delle quali sono riportate in

appendice a puro titolo di esempio. Le circa venti clausole esaminate possono essere, grosso modo, raggruppate nelle seguenti categorie:

- Clausole in cui viene rimessa al terzo la determinazione dell'ammontare del *price adjustment/learn out* e si conviene che tale determinazione sia accettata dalle parti come manifestazione della loro volontà contrattuale e, dunque, definitiva, vincolante e non impugnabile.
- Clausole in cui viene rimessa la determinazione dell'ammontare del *price adjustment/learn out* ad una di esse, normalmente il compratore, che ha assunto la gestione della *target*. Determinazione che viene comunicata in un certo termine all'altra parte e che in difetto di reclamo diviene definitiva, vincolante e non impugnabile, mentre in caso di tempestivo reclamo la questione viene demandata ad un terzo o più terzi (normalmente società di revisione) esperti contabili la cui determinazione verrà accettata dalle parti come manifestazione della loro volontà contrattuale e, dunque, sarà definitiva, vincolante e non impugnabile.
- Clausole che costituiscono variazioni sui primi due temi, ad esempio definendo rivedibile la determinazione del terzo da un collegio di periti o da un collegio arbitrale.

A mio avviso il primo modello non è del tutto consigliabile poiché rimette al terzo, insindacabilmente, la determinazione di un ammontare che può essere anche molto rilevante, può invece essere utile ove si versi in ipotesi di acquisizione/dismissione di modesta entità, nel qual caso diviene premiante la rapidità ed la riduzione dei costi. La seconda categoria è la più utilizzata e mi sembrerebbe accettabile purché sia ben chiaro il mandato conferito al terzo e sia evitata accuratamente la qualifica del terzo come arbitratore per i motivi che saranno più oltre accennati. Dunque, a mio avviso, non resta che indicare chiaramente che il terzo interviene in forza di un mandato ad eseguire una perizia contrattuale, forse, nel caso di acquisizioni/dismissioni di notevole rilievo economico prevedendo l'ipotesi di revisione della determinazione da parte di un collegio di periti. La sentenza della Cassazione sopra ricordata⁵³ qualifica l'attività del terzo chiamato a svolgere la determinazione di un valore come perizia contrattuale e non come arbitrato e, su tale assunto, non solo cassa la sentenza impugnata che non aveva rilevato la discrasia, ma annulla il lodo stesso.

Diviene dunque essenziale indicare molto chiaramente la funzione che il terzo è chiamato a svolgere, la mancata distinzione tra le funzioni di arbitro (non pertinente nel caso concreto) arbitratore (poco consigliabile) e perito e l'attribuire al terzo od ai terzi una qualifica diversa da quella che emerge dal mandato effettivamente loro affidato (ad esempio arbitro mentre le funzioni effettivamente indicate in contratto

⁵³ Vedi nota precedente.

corrispondono alla perizia contrattuale) può comportare la nullità sia della clausola, ambigua sul punto, sia la nullità della decisione eventualmente esorbitante i limiti effettivamente assegnati dalle parti nella relativa clausola (perizia contrattuale), come indicato da costante giurisprudenza. È del tutto evidente che a poco serve la rubrica anteposta alla clausola stessa: “arbitrato”, “arbitraggio” od il richiamo all’articolo 1349 se il contenuto effettivo della stessa contiene un esplicito mandato ad eseguire una perizia. A mio avviso ciò è ancor più vero ove il contratto, cui la clausola accede, indichi con precisione i parametri che il terzo deve necessariamente applicare nell’eseguire il calcolo. Il rinvio all’arbitrato può essere giustificato solo se la controversia effettivamente insorta esula dal semplice ricalcolo di una grandezza economica e si estende ad es. alla correttezza dei principi contabili utilizzati nell’esecuzione della verifica stessa o a pretese violazioni delle garanzie in materia di redazione del bilancio od altre controversie giuridiche. La relativa clausola dovrà accuratamente distinguere e disciplinare le due diverse ipotesi: perizia contrattuale per l’accertamento del valore della revisione del prezzo, arbitrato per risolvere eventuali controversie vertenti sui presupposti ed i canoni utilizzati nella determinazione. L’ambiguità della clausola riportata in Appendice 1 potrebbe, dunque, creare un conflitto tra le parti circa la sua interpretazione e, soprattutto, circa la qualificazione del terzo chiamato a determinare l’ammontare delle “*Other Net Liabilities at Closing*” con la relativa perdita di tempo e di danaro ed il relativo rischio di impugnazione della decisione. Inoltre la introduzione nel contesto di una clausola, il cui utilizzo è stato pensato nell’ambito di un ordinamento del tutto diverso dal nostro, della figura dell’arbitratore, mentre probabilmente la clausola originale americana riferiva il possibile contenzioso ad *accounting arbitration*, potrebbe rivelarsi un scelta pericolosa. Secondo l’insegnamento costante della Corte di Cassazione l’arbitratore deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all’equità contrattuale, e svolgendo una funzione di ricerca in via preventiva dell’equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco. Pertanto lo *Independent Accountant* indicato al paragrafo 2 della Schedule 6.1 (riprodotta in Appendice 1), non potrebbe limitarsi al mero controllo dei conteggi relativi alle poste contabili su cui le parti dissentono, ma dovrebbe procedere con equo apprezzamento anche “tenendo conto delle condizioni generali della produzione”⁵⁴, in altri termini l’adozione dell’ipotesi “arbitratore” in uno schema contrattuale ove originariamente veniva previsto l’*accounting arbitration* può condurre a risultati sorprendenti e cioè ad una valutazione equitativa, che potrebbe anche prescindere dall’effettivo dato matematico/contabile. Non credo le parti stipulanti abbiano razionalmente

⁵⁴ Cfr. Articolo 1349 ultimo comma del codice civile

scelto una simile soluzione. La perizia contrattuale concerne soltanto l'attribuzione ai periti del potere di formulare un apprezzamento tecnico e non anche il potere di adottare decisioni equitative o di decidere controversie giuridiche, come quelle circa l'interpretazione della clausola in esame, nonché sulla sua validità ed efficacia, che possono invece formare oggetto di arbitrato rituale o libero. L'ambito della perizia contrattuale è limitato ad un accertamento di natura tecnica⁵⁵ e, probabilmente è proprio ciò che le parti volevano al fine di “*determine the Disputed Matters by verifying, to the extent necessary, the calculation of the Purchaser's Determination of Other Net Liabilities at Closing*”.⁵⁶ Ora potrebbe, a prima vista, sembrare che lo *Independent Accountant* di cui alla Appendice 1 sia chiamato a determinare uno degli elementi del contratto lasciato inespresso, in via sostitutiva della volontà delle parti. Mi apparirebbe una ricostruzione artificiosa, i contratti di *M & A* tendono ad essere completi, specialmente per quanto riguarda il prezzo pattuito e, pertanto, non solo definiscono accuratamente la somma che il compratore versa al *closing* al venditore, ma indicano (almeno si ripropongono di indicare) in modo preciso i criteri per determinare la parte di prezzo differita all'accertamento del *price adjustment/earn out*. Il perito, cui nei contratti di *M & A*, è affidato il compito di esaminare le scritture contabili, le situazioni patrimoniali ed i bilanci della *target*, non è chiamato ad integrare il contratto su un punto lasciato aperto. Il contratto è completo in tutte le sue parti ed il prezzo è determinabile con una operazione di analisi contabile, il perito è chiamato solo ad eseguire le necessarie verifiche contabili, non determina il prezzo, applica le regole dettate dalle parti nel contratto stesso per calcolare o verificare le grandezze contabili i cui valori numerici, positivi o negativi, costituiscono il *price adjustment/earn out*. Nel nostro ordinamento la necessaria distinzione tra perito ed arbitratore può creare problemi, ove le relative clausole contrattuali non siano scritte accuratamente. Se si vuole che il terzo determini equitativamente la parte del prezzo non decisa dalle parti (ipotesi poco plausibile), la clausola in questione si limiti alla nomina dell'arbitratore, definendone il mandato in termini di *arbitrium merum* o di equo apprezzamento; se si vuole che il terzo si limiti ad accertare l'ammontare dell'*adjustment* mediante applicazione della formula dedotta in contratto la clausola in questione eviti ogni ultroneo riferimento all'articolo 1349 del codice civile ed indichi invece nel modo più preciso e circostanziato i parametri di riferimento per tale accertamento. Attesa la diversa natura degli istituti, sostanzialmente diverse sono le possibilità di impugnare l'eventuale insoddisfacente verdetto di arbitratore o periti contrattuali. Si ritiene generalmente che l'arbitratore, al quale sia stata affidata la determinazione della prestazione (art. 1349 c.c.), può decidere se-

⁵⁵ Cassazione Civile sez. III, 18 febbraio 1998, n. 1721.

⁵⁶ Cfr. paragrafo 3 (ii) della Schedule 6.1 riportata in Appendice 1

condo il suo criterio individuale, in quanto le parti hanno riposto piena fiducia nella sua correttezza ed imparzialità, oltre che nella sua capacità di discernimento; il suo apprezzamento si sottrae, pertanto, ad ogni controllo nel merito della decisione e la parte insoddisfatta potrà impugnare la determinazione effettuata solo dimostrando che egli ha agito intenzionalmente a suo danno, in tal caso (ed a differenza dell'ipotesi in cui la determinazione sia stata rimessa all'equo apprezzamento del terzo, nella quale l'iniquità manifesta che può giustificare l'impugnazione deve essere oggettiva) assume rilievo decisivo l'atteggiamento psicologico dell'arbitratore che, tradendo la fiducia conferitagli, si pieghi volontariamente ed in piena consapevolezza agli interessi di una delle parti, non essendo sufficiente che l'incarico non sia stato compiutamente eseguito e che le determinazioni siano prive di ragionevolezza⁵⁷. È tuttavia rintracciabile in dottrina l'indicazione per cui in caso di errore la determinazione dell'arbitratore può essere rivista, indicazione talvolta accolta dalla giurisprudenza, per altro non del tutto univoca in tema: "Con la clausola di arbitraggio, inserita in un negozio incompleto in uno dei suoi elementi, le parti demandano ad un terzo arbitratore la determinazione della prestazione, impegnandosi ad accettarla; il terzo arbitratore, a meno che le parti si siano affidate al suo «mero arbitrio», deve procedere con equo apprezzamento alla determinazione della prestazione, adottando cioè un criterio di valutazione ispirato all'equità contrattuale, che in questo caso svolge una funzione di ricerca in via preventiva dell'equilibrio mercantile tra prestazioni contrapposte e di perequazione degli interessi economici in gioco; pertanto l'equo apprezzamento si risolve in valutazioni che, pur ammettendo un certo margine di soggettività sono ancorate a criteri obiettivi, desumibili dal settore economico nel quale il contratto incompleto si iscrive, in quanto tali suscettibili di dare luogo ad un controllo in sede giudiziale circa la loro applicazione nel caso in cui la determinazione dell'arbitratore sia viziata da iniquità o erroneità manifesta, ciò si verifica quando sia ravvisabile una rilevante sperequazione tra prestazioni contrattuali contrapposte, determinate attraverso l'attività dell'arbitratore"⁵⁸. È, invece, costante in giurisprudenza l'esclusione della possibilità di impugnare la determinazione del perito con gli strumenti previsti dall'articolo 1349 codice civile. Prosegue infatti la massima ora ricordata "anche la perizia contrattuale, che ricorre quando le parti deferiscono ad uno o più soggetti, scelti per la loro particolare competenza tecnica, il compito di formulare un accertamento tecnico che esse preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro volontà contrattuale, costituisce fonte di integrazione del contratto, ma essa si distingue dall'arbitraggio perché l'arbitro-perito non deve ispirarsi alla ricerca di un equilibrio economico se-

⁵⁷ Cfr Cassazione Civile, sez. I, 2 febbraio 1999, n. 858.

⁵⁸ Cassazione Civile, sez. III, 30 giugno 2005, n. 13954.

condo un criterio di equità mercantile, ma deve attenersi a norme tecniche ed ai criteri tecnico-scientifici propri della scienza, arte, tecnica o disciplina nel cui ambito si iscrive la valutazione che è stato incaricato di compiere; ne consegue che nel caso di perizia contrattuale va esclusa l'esperibilità della tutela tipica prevista dall'art. 1349 c.c. per manifesta erroneità o iniquità della determinazione del terzo, trattandosi di rimedio circoscritto all'arbitraggio, in quanto presuppone l'esercizio di una valutazione discrezionale e di un apprezzamento secondo criteri di equità mercantile, inconciliabili con l'attività strettamente tecnica dell'arbitro-perito”.

7. Per poter distinguere, nel caso concreto, tra mandato a procedere ad arbitraggio e mandato conferito per procedere a perizia contrattuale è necessario analizzare attentamente il testo della clausola che disciplina il *closing adjustment* e l'attività del terzo, normalmente una società di revisione contabile, chiamato a determinare il *quantum* dell'eventuale aggiustamento prezzo. Se il terzo è chiamato alla determinazione basandosi su un equo apprezzamento delle rispettive prestazioni dovute si dovrà qualificare il mandato conferito come arbitraggio, se invece il terzo è chiamato alla determinazione utilizzando la propria competenza tecnica ed i parametri tecnico/contabili indicati nella clausola si dovrà qualificare il mandato conferito come perizia contrattuale. Rileggendo la massima sopra riportata, personalmente, sarei propenso a ritenere che, nella maggioranza dei casi esaminati, l'intervento della società di revisione o dell'esperto contabile sia assimilabile alla perizia contrattuale. Generalmente la clausola presa a modello dalla prassi prevalente in Italia è, del seguente tenore⁵⁹: *(d) If Sellers duly gives Buyer such notice of objection⁶⁰, and if Seller and Buyer fail to resolve the issues outstanding with respect to the Closing Financial Statements and the calculation of the Closing Working Capital within thirty (30) days of Buyer's receipt of Seller's objection notice, Seller and Buyer shall submit the issues remaining in dispute to _____, independent public accountants (the "Independent Accountants") for resolution applying the principles, policies and practices referred to the Section 2.9(b)⁶¹. If issues are submitted to the Independent Accountants for resolution, (i) Seller and Buyer shall furnish or cause to be furnished to the Independent Accountants such work papers and other document and information relating to the disputed issues as the Independent Accountants may request and are available to that party or its agents and shall be afforded the opportunity to present to the Independent Accountants any material relating to the disputed issues and to discuss the issues with the Independent Accountants; (ii) the determination by the Independent Accountants, as set forth in a*

⁵⁹ Clausola predisposta dal *Committee on negotiated acquisitions, section of business law American Bar Association* 2001, *Extract from model asset purchase agreement with commentary*

⁶⁰ Obiezione alla determinazione del *post closing adjustment* proposta dal compratore.

⁶¹ I criteri che devono essere seguiti nella determinazione del *Closing Working Capital*.

notice to be delivered to both Seller and Buyer within sixty (60) days of the submission to the Independent Accountants of the issues remaining in dispute, shall be final, binding and conclusive on the parties and shall be used in the calculation of the Closing Working Capital; and (iii) Seller and Buyer will each bear fifty per cent (50%) of the fees and costs of the Independent Accountants for such determination". È opportuno ricordare che secondo la costante giurisprudenza americana l'espressione "*shall be final, binding and conclusive on the parties*" indica la precisa volontà di ricorrere ad *accounting arbitration* e rende applicabile le norme contenute nel *Federal Arbitration Act* oltre alle relative norme statali in quanto compatibili, si versa, dunque in una situazione completamente diversa da quella in cui si dia corso ad una perizia contrattuale secondo il diritto italiano. La clausola sopra riportata viene spesso utilizzata, tradotta o meno in italiano, in contratti stipulati tra italiani, cui si applica il diritto italiano, si veda infatti quanto riportato in Appendice 2. Ora la tipica clausola americana sopra citata, nel paese di origine, da spesso luogo a controversie nel contesto di richieste giudiziali tese ad ottenere un ordine che obblighi a sottoporre la determinazione, od il controllo della determinazione, del *price adjustment* all'arbitrato degli *Independent Accountants*. In tale sede il giudice deve in primo luogo accertare l'effettiva volontà delle parti, il che non sempre avviene *de plano*, mediante un'accurata analisi delle relative clausole contrattuali e dell'effettivo contenuto della lite in atto. Il commento al modello di clausola afferma candidamente che la possibilità di ottenere un provvedimento giudiziale che obblighi una parte a comparire innanzi agli *Independent Accountants* dipende in larga misura dalla legislazione dei singoli stati, ricorda tuttavia che il *Federal Arbitration Act* prevale sulle norme statali e che la legge federale indica un forte favore verso l'arbitrato. La questione si pone spesso nell'ambito di procedimenti giudiziari che si radicano a seguito dell'istanza fatta al giudice ordinario di ordinare il ricorso all'arbitrato (*compel arbitration*). Nel caso *Talegen*⁶² il Giudice così analizza il procedimento logico che il tribunale deve seguire: "*In resolving a motion to compel arbitration under the Federal Arbitration Act a court must: (1) determine whether the parties agreed to arbitrate; (2) ascertain the scope of that agreement to see if the claims raised in the lawsuit fall within the terms of the agreement; (3) if federal statutory claims are asserted, decide whether Congress has deemed those claims to be non arbitrable; and (4) if some, but not all claims are to be arbitrated, determine whether to stay the balance of but not all claims are to be arbitrated, determine whether to stay the balance of the proceedings pending arbitration*", così concludendo: "*courts have consistently found that purchase price adjustment dispute resolution provisions such as the one at issue here constitute enforceable arbitration agree-*

⁶² *Talegen Holdings, Inc. v. Fremont General Corp.*, No. 98 Civ. 0366 (DC), 1998 WL 513066, (S.D.N.Y. Aug. 19, 1998).

ments". In caso di più domande di cui alcune possono esulare dal calcolo del *price adjustment* o dell'*earn out* e la Corte ritenga che le parti abbiano concluso in accordo arbitrale potrà ordinare o meno di procedure ad arbitrato (*compel arbitration*) a seconda del tenore ampio (*broad clause*) o ristretto (*narrow clause*) della relativa clausola. Una clausola di ampio tenore creerà presunzione di arbitrabilità della specifica controversia, mentre una clausola di tenore ristretto imporrà al tribunale di accertare se la controversia rientra o meno "within the terms of the agreement". La questione se la specifica controversia rientri o meno nell'ambito della clausola arbitrale è una questione di diritto di cui è competente il tribunale ordinario⁶³. La giurisprudenza americana è costante nel ritenere la clausola che rimette le controversie in materia di calcolo del *price adjustment* ad *accounting arbitration* una *narrow clause* ed esclude che gli *Independent Accountants*, indicati come arbitri in tale contesto, possano conoscere questioni diverse dal semplice calcolo dei parametri indicati dalle parti per il calcolo stesso, per esempio è negata la loro competenza a conoscere domande circa la correttezza dei bilanci e dunque relative a violazioni di *warranties & representations*. Analizzando la clausola suggerita dall'*American Bar Association* sopra riportata (certamente una *narrow clause*), spesso utilizzata più o meno correttamente tradotta, nel nostro paese ed utilizzando i criteri dettati dalla nostra giurisprudenza, sarei indotto a ritenere che la clausola, nel nostro sistema, configuri una perizia contrattuale, atteso che gli stipulanti intenderebbero devolvere al terzo, o terzi, scelti per la loro particolare competenza tecnica, non già la risoluzione di una controversia giuridica, o la determinazione equitativa di un elemento mancante del contratto, ma la formulazione di un apprezzamento tecnico che preventivamente si impegnano ad accettare come diretta espressione della loro determinazione volitiva⁶⁴.

Occorre però essere avvertiti circa la fondamentale differenza che intercorre tra *accounting arbitration* di diritto americano e perizia contrattuale definita dalla giurisprudenza italiana. Nel nostro sistema il giudice non può "ordinare" di comparire avanti all'arbitro o al perito. Occorre distinguere: in presenza di valida clausola arbitrale o compromesso il giudice deve dichiarare la propria incompetenza "in relazione a una convenzione di arbitrato",⁶⁵ si ritiene che sia escluso che nei rapporti tra arbitrato e procedimento ordinario possa applicarsi il principio della *translatio iudicii*⁶⁶. In presenza di clausola che preveda arbitraggio si ritiene insita la temporanea rinuncia alla tutela giurisdizionale dai diritti nascenti dal rapporto contrattuale, nel

⁶³ Per una disamina della questione in materia di arbitrato internazionale cfr: P. Bernardini, *L'Arbitrato nel Commercio e negli Investimenti Internazionali* pagg. 87 e segg. Milano 2008.

⁶⁴ Cfr *ex multis* Cassazione Civile, sez. II, 26 aprile 2002, n. 6087

⁶⁵ Articolo 819 *ter c.p.c.* cfr C. Punzi op cit pagg.155 e segg.

⁶⁶ Tesi controversa vedi infatti Bove *giurisdizione e competenza nella recente riforma del processo civile* in *Riv. Dir. Proc* 2009.

senso che, prima e durante il corso della procedura contrattualmente prevista, le parti stesse non possono proporre davanti al giudice le azioni derivanti dal suddetto rapporto⁶⁷ e dunque si versa in una condizione di improcedibilità. Invece la clausola che devolve a terzi l'accertamento, tramite perizia contrattuale, dell'ammontare di somma astrattamente dovuta non impedisce alle parti di sollevare in giudizio questioni preliminari di merito concernenti la stessa esistenza del diritto, trattandosi di questioni sottratte alla competenza dei periti e idonee a definire la lite senza necessità di ulteriori indagini sull'entità del *quantum*⁶⁸. Spetta comunque esclusivamente alle parti o ad una di esse dare impulso all'arbitraggio o alla perizia contrattuale. Continuando nell'analisi degli esempi proposti in appendice, anche la clausola riprodotta in Appendice 2 contiene l'ambigua qualificazione dell'attività che il terzo è chiamato a svolgere come arbitraggio mediante il richiamo all'articolo 1349 del codice civile, valgono per tanto i dubbi avanzati riguardo alla clausola redatta in inglese e riprodotta in Appendice 1. Va, invece, a mio avviso, esente dalla possibile confusione tra arbitraggio e perizia contrattuale l'esempio riportato in Appendice 3, la clausola certamente configura una perizia contrattuale e non dovrebbero sorgere dubbi circa la natura del mandato conferito all'Esperto. Tuttavia, l'esempio non è del tutto condivisibile, pur segnalandosi per la semplicità del meccanismo di revisione adottato, per il mancato coordinamento con la successiva clausola 13.1 "Controversie": mentre la clausola 8.2, qui brevemente commentata, prevede "Le determinazioni dell'Esperto, vengono fin d'ora accettate dalle Parti come espressione della loro stessa volontà e potranno essere impugnate soltanto provando la mala fede dell'Esperto", la genericità della clausola 13.1 "Controversie" non consente di individuare con chiarezza la competenza a decidere dell'eventuale impugnazione della determinazione dell'Esperto.

8. I problemi interpretativi ed attuativi della clausola restano comunque abbastanza simili a quelli identificati dalla giurisprudenza anglosassone e le controversie, anche da noi, in materia di aggiustamento prezzo sono spesso lunghe, anche se solo molto raramente approdano presso i nostri tribunali. Per altro anche nel nostro paese la previsione contrattuale del *post closing price adjustment* o di *earn out* non va esente da possibili controversie circa l'interpretazione della clausola e dei criteri che sono stati indicati all'esperto per la determinazione dell'ammontare del *post closing price adjustment*, dell'*earn out*. È noto infatti che "qualora le parti affidino ad un terzo l'incarico di esprimere un apprezzamento tecnico sulla entità delle conseguenze di un evento al quale è collegata la prestazione, impegnandosi a considerare tale

⁶⁷ Cfr Cassazione civile sez. III, 17 dicembre 2010, n. 25643

⁶⁸ Cassazione civile, sez. III, 13 marzo 2012, n. 3961.

apprezzamento come reciprocamente vincolante, ma escludano dai poteri di detto terzo, esplicitamente od implicitamente, la soluzione delle questioni attinenti alla validità ed operatività della pattuizione, il relativo patto esula dall'ambito dell'arbitrato rituale od irrituale, e configura una ipotesi di c.d. «perizia contrattuale», che non interferisce sull'azione giudiziaria rivolta alla definizione delle indicate questioni”.⁶⁹ Il vero problema da noi come nella prassi nord americana, sorge quando l'esperto contabile, per poter svolgere la propria perizia deve affrontare tematiche che esulano dalla semplice operazione matematica di controllo e ricalcolo dei dati contabili e di bilancio e deve necessariamente rivolgersi a problematiche di maggior respiro come ad esempio: l'individuazione dei criteri contabili da utilizzare in sede di verifica, oppure la correttezza delle scritture contabili e dei bilanci della *target*. Tutte questioni che quasi costantemente si pongono in questa materia e regolarmente vengono sollevate dalla parte che non condivide il metodo usato o proposto dall'esperto per determinare l'ammontare del *post closing price adjustment* o dell'*earn out*. Come sopra accennato in tutti i contratti di acquisizione/dismissione esaminati e che contengono un meccanismo di *post closing price adjustment/earn out* vengono individuati e regolamentati almeno due metodi di risoluzione delle future controversie: un foro specialistico, arbitratore (scelta che non mi entusiasma) o perito per risolvere le questioni relative al meccanismo di *post closing price adjustment/earn out* ed un metodo per risolvere tutte le controversie giuridiche (ovviamente diverse da quelle relative al meccanismo di *post closing price adjustment/earn out*) sia esso costituito dall'indicazione del giudice competente, ovvero dalla scelta di rivolgersi all'arbitro od agli arbitri. La scelta del doppio binario di risoluzione delle controversie: perizia contrattuale per le questioni contabili relative al calcolo del *post closing price adjustment/earn out*, arbitro o giudice ordinario per tutte le altre controversie fa sorgere il problema della ripartizione della competenza *ratione materiae*. In altri termini, occorre chiedersi se l'esperto chiamato a determinare o rideterminare il *post closing price adjustment/earn out* può pronunciare anche sulla correttezza dei criteri contabili utilizzati o, per esempio, sulla continuità di utilizzo dei medesimi criteri, tutte questioni pregiudiziali allo svolgimento della perizia vera e propria. Oppure l'esperto deve sospendere la propria attività peritale e chiedere alle parti di sottoporre le questioni pregiudiziali al giudice od all'arbitro indicato nella clausola generale di risoluzione di tutte le controversie diverse dal ricalcolo e controllo della misura del *post closing price adjustment/earn out*. Opterei per la seconda soluzione più rispettosa delle pronunzie sopra ricordate e comunque meno esposta a critiche e non improbabili impugnazioni.

⁶⁹ Cfr Cassazione Civile, sez. I, 28 agosto 1995, n. 9032

Anche nei contratti acquisizione/dismissione stipulati in sede internazionale non sono infrequenti le liti in materia di *purchase price adjustment*. Ha suscitato un certo interesse la sentenza del Tribunale di Ginevra 5 luglio 2004 nel caso di seguito riassunto. Viene stipulato uno *share purchase agreement* tra una società americana ed una società francese che, *inter alia*, prevedeva un doppio meccanismo di risoluzione delle controversie aventi ad oggetto il *post closing price adjustment*: determinazione dell'esperto contabile eventualmente seguita da arbitrato in Ginevra. Le parti indicano nominalmente alcune delle più note società di revisione tra cui scegliere l'esperto. Al momento dell'insorgere della controversia, tuttavia, tutte quelle indicate sono scomparse. Il convenuto rifiuta di nominare il proprio esperto, l'attore si rivolge al Tribunale di Ginevra per la nomina dell'esperto in luogo della parte pretesa inadempiente. Il tribunale rigetta l'istanza osservando che la legge consente al giudice, su domanda di parte interessata, di nominare l'arbitro in caso di inerzia dell'altra parte, ma non di nominare l'esperto in caso di contenzioso tra le parti.⁷⁰ Si viene così a crearsi una situazione di stallo quasi insolubile, con grave danno per entrambe le parti o, certamente, per una di esse. In conclusione di questo breve e sommario *excursus* continuo a nutrire parecchi dubbi circa il consolidarsi della prassi di trasferire *sic et simpliciter* schemi contrattuali elaborati secondo le norme di un ordinamento giuridico ad un altro. Con ciò non voglio assolutamente affermare che la pratica di accogliere nei contratti di diritto italiano modelli elaborati in altri ordinamenti sia da respingere, al contrario ritengo che le esperienze maturate in paesi giuridicamente evoluti siano da accogliere e valutare con attenzione e rispetto. Mi limito solamente a notare come tali esperienze vadano sempre inquadrare nell'ordinamento in cui sono recepite, apportandovi le modifiche necessarie a renderle compatibili con tale ordinamento. A mio avviso il mandato conferito all'esperto contabile di determinare o rideterminare l'ammontare del *price adjustment/earn out* utilizzando esclusivamente i parametri indicati nel contratto, cui la clausola accede costituisce un mandato ad eseguire una perizia contrattuale ed è altamente auspicabile che i redattori della clausola si astengano dal qualificare in modo diverso tale mandato, che invece necessita di una precisa e dettagliata configurazione non in contrasto con la consolidata giurisprudenza in materia e con l'effettivo interesse delle parti contraenti che, nella maggior parte dei casi pratici, pretendono dal terzo mandatario, scelto per la sua competenza contabile, il semplice calcolo matematico di una grandezza economica.

⁷⁰ Sentenza JTPI/9028/2004 in ASA Bulletin 4/2006.

APPENDICE 1

SCHEDULE 6.1

1. Should the Parties fail to amicably settle any dispute relating to the calculation of the Purchaser's Determination of Other Net Liabilities at Closing by the term set out in Article 6.1, either Party will be entitled to refer the dispute to the review and decision of the independent accountant, as defined below, in accordance with the procedure set out in this Schedule Article 6.1, specifying the object of the dispute and the matters in respect of which the dispute has arisen (the "**Disputed Matters**") by notifying in writing the other Party (the "**Dispute Notice**").
2. The independent accountant shall be mutually acceptable to and agreed by the Parties (the "**Independent Accountant**"). If (i) the Parties are unable to agree upon the designation of the Independent Accountant within 10 (ten) Business Days from the day on which the disputing Party serves the Dispute Notice on the other Party, or (ii) the firm (or individual) selected by the Parties as Independent Accountant does not accept in writing the mandate for any reason whatsoever within 10 (ten) Business Days following the date on which the Disputed Matters have been submitted to it, either Party may request the Chairman of the Court of Milan, the other Party being offered the right to be heard, to appoint the Independent Accountant among auditing firms of primary international standing, with reasonable experience in the field of the generation and sale of electricity and renewable sources of energy in Italy, and having no significant ongoing relationship with either Party.
3. The Independent Accountant shall act equitably (*con equo apprezzamento*), thus excluding the *mero arbitrio*, as arbitrator (*arbitratore*) pursuant to article 1349 first paragraph of the Italian Civil Code. In accepting the mandate, the Independent Accountant shall expressly undertake in writing to:
 - i. consider only the Disputed Matters;
 - ii. determine the Disputed Matters by verifying, to the extent necessary, the calculation of the Purchaser's Determination of Other Net Liabilities at Closing accordingly to the provisions of this Agreement and consistently applying the same interpretation of the relevant Italian GAAP (and the same evaluation criteria and accounting methodologies) as applied for drafting the Financial Statements;
 - iii. summarily justify its determination with respect to each of the Disputed Matters, indicating the adjustments (if any) to be made;
 - iv. limit its determination to the extent strictly necessary to settle the balance (if any) identified by the Independent Accountant in respect of the Purchaser's Determination of Other Net Liabilities at Closing;

- v. determine a) the Other Net Liabilities resulting from the adjustments to the Purchaser's Determination of Other Net Liabilities at Closing identified by the Independent Accountant (the "**Verified Other Net Liabilities**") and b) the purchase price resulting from the adjustments identified by the Independent Accountant accordingly to this Agreement, (the "**Verified Price**"); and
 - vi. render its determination within 30 (thirty) Business Days from the acceptance of the mandate.
4. During the verification by the Independent Accountant, the Seller and Purchaser will each make available to the Independent Accountant interviews with such individuals, and such information, books and records and work papers, as may be reasonably required by the Independent Accountant to fulfill its obligations under this procedure.
 5. Upon resolution of all Disputed Matters, the Independent Accountant shall deliver to the Parties a notice setting out i) Verified Other Net Liabilities and ii) the Verified Price (the "**Independent Accountant's Notice**"). The Verified Other Net Liabilities and the Verified Price and the determinations of the Independent Accountant's Notice prepared and delivered in accordance with the above procedure shall be final and binding upon the Parties for the purposes of this Agreement.
 6. All costs and fees of the Independent Accountant shall be shared equally by the Parties, unless the Independent Accountant's decision confirms in full the position maintained by one of the Parties with regard to the Disputed Matters, in which case the Independent Accountant's costs and fees shall be fully borne by the other Party.

17. APPLICABLE LAW

This Agreement shall be governed by and construed and interpreted in accordance with the laws of the Republic of Italy.

18. JURISDICTION

Other than in connection with the price adjustment procedure (which will be governed by the procedure set out in this Schedule), any dispute between the Parties arising out of or in connection with this Agreement, including its validity, interpretation, performance and termination shall be submitted to the exclusive jurisdiction of the Courts of Milan (Italy).

APPENDICE 2

Prezzo e Pagamento del Prezzo

6.1. Il prezzo complessivo della compravendita delle Azioni (di seguito il “**Prezzo**”) sarà determinato dalle Parti deducendo, se negativa, o sommando, se positiva, al valore dell’impresa che le Parti indicano in € __.000.000 (____ milioni di euro) (di seguito “**Enterprise Value**”), l’importo della Posizione Finanziaria Netta (di seguito anche “**PFN**”) della Società al _____.

In caso di disaccordo sulla determinazione della PFN alla data del ____, calcolata secondo le modalità indicate nell’articolo 2.1 *supra*, le Parti conferiranno senza indugio incarico congiunto ad un esperto del settore (di seguito l’”**Esperto**”) da scegliersi tra: XYZ ed un altro esperto indicato da ABC. L’Esperto provvederà a determinare la PFN entro 30 giorni dal ricevimento dell’incarico. Il risultato della verifica dovrà essere comunicato per iscritto dall’Esperto alle Parti, entro il termine di cui sopra, mediante lettera raccomandata a mano alla quale sarà allegata copia completa del rapporto sulla verifica della PFN eseguita in forza dell’incarico. All’Esperto sarà consegnata, con vincolo di riservatezza, copia della documentazione necessaria allo svolgimento dell’incarico. Le determinazioni dell’Esperto, il quale agirà ex art. 1349 del codice civile, vengono fin da ora accettate dalle Parti come espressione della loro stessa volontà contrattuale e potranno essere impugnate soltanto provando la mala fede dell’Esperto.

6.2. Il Prezzo sarà pagato, in unica soluzione, alla Data del Closing, salvo il caso in cui sorgano contestazioni tra Venditori e Acquirenti sulla determinazione della PFN, nel qual caso il Prezzo sarà pagato in un’unica soluzione entro 10 giorni dalla comunicazione della verifica da parte dell’Esperto.

6.3. È sin da ora prevista un’integrazione del Prezzo (di seguito “**Integrazione Prezzo**”) che sarà corrisposta dagli Acquirenti ai Venditori (in proporzione delle rispettive partecipazioni nella Società ceduta agli Acquirenti) entro 30 giorni dall’approvazione del bilancio della Società chiuso al 31 dicembre 200_ e il cui ammontare sarà determinato sulla base dell’EBITDA realizzato dalla Società al 31 dicembre 200_ così come definito all’articolo 2.1 *supra*, secondo il seguente schema:

(i) qualora l’EBITDA al 31 dicembre 200_, sulla base del bilancio della Società chiuso, approvato e certificato, fosse pari o superiore a € 3.500.000 (tremilioni-cinquecentomila euro), ma inferiore a € 4.000.000 (quattromilioni di euro), gli Acquirenti corrisponderanno ai Venditori proporzionalmente al numero delle Azioni da essi vendute, la somma di € 1.000.000 (unmilione di euro);

(ii) qualora l'EBITDA al 31 dicembre 200_, sulla base del bilancio della Società chiuso, approvato e certificato, fosse pari o superiore a € 4.000.000 (quattromilioni di euro), gli Acquirenti corrisponderanno ai Venditori proporzionalmente al numero delle Azioni da essi vendute, la somma di € 1.500.000 (unmilione e cinquecentomila euro).

Resta, altresì, espressamente inteso tra le Parti, che gli Acquirenti non verseranno alcuna somma ai Venditori a titolo di Integrazione Prezzo, nell'ipotesi in cui la Società non abbia sottoscritto entro e non oltre il 31 dicembre 200_ con primaria società nazionale o internazionale, un contratto di fornitura o di distribuzione di _____ destinati principalmente, ma non esclusivamente, al mercato di alta gamma della calzatura e della pelletteria, che abbia decorrenza dal 1° gennaio 200_ e tale da assicurare alla Società la necessaria capacità in termini di volumi e una redditività almeno pari a quelli realizzati sino al 31 dicembre 200_.

Articolo 12

Controversie

12.1. Tutte le controversie derivanti dal presente Contratto, comprese, in via meramente esemplificativa, quelle relative alla sua validità, interpretazione, esecuzione e risoluzione, saranno deferite ad un collegio arbitrale di tre membri in conformità al Regolamento Arbitrale Nazionale della Camera Arbitrale Nazionale ed Internazionale di Milano, che le Parti dichiarano di conoscere ed accettare interamente.

Il collegio arbitrale deciderà in via rituale e secondo diritto.

L'arbitrato avrà luogo a Milano e sarà condotto in lingua italiana.

Tutte le controversie derivanti dal presente Contratto, che non siano per legge compromettibili in arbitrato, saranno di competenza esclusiva del Foro di Milano.

APPENDICE 3

Articolo 8

Adempimenti post Closing

8.1. Le Parti danno atto che il Prezzo è stato pattuito considerando la Posizione Finanziaria Netta risultante dalla Situazione di Riferimento pari a 0 (zero). Le Parti danno inoltre atto che il Prezzo è stato pattuito assumendo che alla Data del Closing la Posizione Finanziaria Netta consolidata delle Società sia sempre pari a 0 (zero).

Nel caso in cui alla Data del Closing la Posizione Finanziaria Netta alla Data del Closing sia diversa da 0 (zero), la differenza, positiva o negativa, darà luogo ad aumento o riduzione, del Prezzo secondo il parametro euro per euro (il “**Conguaglio**”).

8.2. La Posizione Finanziaria Netta consolidata delle Società alla Data del Closing, di cui al precedente paragrafo 8.1, verrà verificata da _____ esperto nel settore (l’ “**Esperto**”) all’uopo nominato mediante incarico congiunto dell’Acquirente e dei Venditori almeno 10 Giorni lavorativi prima del Closing. L’Esperto provvederà a determinare la Posizione Finanziaria Netta consolidata delle Società entro 30 giorni dalla Data del Closing, prendendo a base la relativa definizione contenuta all’articolo 2 Definizioni di questo Contratto e le poste di rettifica concordate e descritte in Allegato 8.2. Il risultato della verifica dovrà essere comunicato per iscritto dall’Esperto all’Acquirente ed ai Venditori, entro il termine di cui sopra, mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno alla quale sarà allegata copia completa del rapporto sulla verifica della Posizione Finanziaria Netta consolidata delle Società eseguita in forza dell’incarico. L’Esperto, cui sarà stata consegnata, con vincolo di riservatezza, copia del Contratto, dovrà inoltre: indicare: (i) il segno (positivo o negativo) della variazione rispetto a 0 (zero) della Posizione Finanziaria Netta e (ii) l’ammontare della variazione. Le determinazioni dell’Esperto, vengono fin d’ora accettate dalle Parti come espressione della loro stessa volontà e potranno essere impugnate soltanto provando la mala fede dell’Esperto.

I costi dell’Esperto saranno ripartiti in misura eguale fra i Venditori e l’Acquirente.

Articolo 13

Controversie

13.1. Tutte le controversie che dovessero insorgere in relazione al presente Contratto, comprese quelle inerenti alla sua validità, efficacia, interpretazione, esecuzione e risoluzione, ma con l’esclusione di quelle regolate al precedente paragrafo 8.2, saranno devolute alla competenza esclusiva del Foro di Milano.

Problemi delle professioni

Interferenze tra comunione e condominio nella recente evoluzione giurisprudenziale. L'area esterna, la costruzione su suolo comune e il principio dell'accessione*

di Rosario Franco

Premessa e ricognizione del problema

Nell'avviare la trattazione della questione posta dal titolo delle presenti riflessioni e per attenersi fedelmente alle sue indicazioni si è preferito indagare immediatamente l'intervenuta giurisprudenza sul tema, che – a quanto consta – non pare essersi ancora espressa a seguito della recente riforma¹ del condominio introdotta con la legge 11 dicembre 2012, n. 220, in vigore dal 18 giugno 2013.

Ad una prima analisi, si è potuto registrare, per un verso, un orientamento diretto ad attenuare fortemente la pervasività delle regole condominiali che, in riferimento alle parti comuni, rinviengono nell'art. 1117 la regolamentazione, ma anche le limitazioni alla loro individuazione²; per l'altro, una prospettiva investigatoria diretta a ribadire, sulla scia di un'antica convinzione, l'autosufficienza delle medesime regole e, dunque, l'assenza della necessità di ricorrere, "sia pure per analogia, a norme che regolano altro istituto"³; il tutto nella nota avvertenza secondo cui la comu-

* Il contributo rappresenta la rielaborazione scritta, con apparato di note, della Relazione tenuta il 4 luglio 2013 nell'Aula Magna dell'Università di Genova nell'ambito della giornata per la presentazione del "Trattato dei diritti immobiliari", diretto dalla Prof.ssa Giovanna Visintini, alla quale giungano, ancora una volta, i più sentiti ringraziamenti.

Una precisazione 'bibliografica': le sentenze citate senza ulteriori riferimenti sono state tutte consultate e lette mediante i siti in abbonamento plurisonline e dejure, delle quali non si è riscontrata la pubblicazione sulle riviste specialistiche.

¹ Una prima analisi della riforma in A. Gambaro-U. Morello, *Trattato dei diritti reali, Riforma del condominio 2013*, a cura di M. Basile, Milano, 2013, *passim*; A. Celeste-A. Scarpa, *Riforma del condominio. Primo commento alla legge 11 dicembre 2012, n. 220*, Milano, 2012, *passim*; R. Triola, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, in *Tratt. dir. imm.*, diretto da G. Visintini, III, *La comunione e il condominio*, Padova, 2013, 190 ss.; A. Gallucci, *Il condominio negli edifici. La nuova disciplina dopo la riforma*, Padova, 2013, *passim*; P. Giuggioli-M. Giorgetti, *Il nuovo condominio. Commento alla legge di riforma n. 220/2012*, Milano, 2013, *passim*

² In senso contrario Cass., 30 luglio 2004, n. 14559, in *Riv. giur. edil.*, 2005, 63 ss.

³ R. Nobile, *Modificazione della cosa comune da parte di un condomino*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1953, III, 167 ss.; in senso contrario M. Basile, *Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, 1297 ss., spec., 1300 ss.

nione ed il condominio sono istituti che potrebbero ingenerare (là dove, alla verifica anche meramente statistica, si avverte che le *possibilità* si trasformano in quotidiane *realtà* giudiziarie) quelle “*immensae contentiones*” nelle quali si individuava la loro intrinseca fragilità⁴, se è vero che “*communio est mater discordiarum*”.

Tuttavia, l'ampiezza dello scenario che si vorrebbe evocare dovrà inevitabilmente ricevere un intervento specificativo (forse arbitrario) idoneo a tracciare una linea ricostruttiva meritevole di approfondimento, sì da provarsi a recuperare in *intensio*ne ciò che inevitabilmente si cede in *estensio*ne; l'indagine procederà con riferimento sia alle ‘aree esterne’ al fabbricato condominiale (o ‘interne’ alla sua recinzione ma) diverse da quelle sulle quali insiste il fabbricato medesimo (*id est*: suolo, ai sensi dell'art. 1117 c.c.), sia al manufatto realizzato da un condomino su suolo comune.

Il titolo – dopo aver opportunamente rilevato che le predicate interferenze meriterebbero la specificazione (determinante) della *unilateralità*, se esse potranno individuarsi nell'ingerenza normativa della disciplina della comunione in quella del condominio, escludendosi la verifica, uguale e contraria, di quella del condominio nella comunione – sembrerebbe consegnare al giurista una vicenda che parrebbe lasciargli pochi margini di discrezionalità interpretativa, là dove l'art. 1117 sarebbe idoneo a veicolare la chiave di lettura e gli automatici criteri per scrutinare la questione alla cui soluzione (o, quantomeno, approfondimento) dovrebbe funzionalmente orientarsi la ricostruzione che si intende svolgere. Sì che dall'individuazione di un'area condominiale dovrebbe, in termini quasi meccanici, conseguire, per un verso, la sua titolarità comune e, per l'altro, la inevitabile contitolarità delle opere su di essa costruite.

Sennonché:

- la problematica rappresentazione del valore⁵ sintetizzato dalle espressioni “suolo comune”, “cortile” ed “area esterna”;
- l'eterogeneità dei dati e dei problemi che astrattamente potrebbero essere attratti nell'elaborazione della complessità della vicenda concreta;
- la tendenziale disomogeneità delle figure espressive comunque riconducibili alle locuzioni appena indicate;
- l'intersezione della vicenda con quella limitrofa delle modalità di acquisto della

⁴ Il riferimento è al noto giurista romano Giulio Paolo in G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1982, p. 79.

⁵ Nel significato assunto dal termine nella dialettica (non già contrapposizione) fatto/valore negli studi sull'atto di autonomia privata. Su tutti, in posizione più netta, nel senso della difficile conciliazione B. De Giovanni, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, *passim*, spec., 23 ss.; 35 ss., 67-73, 115 ss., il quale pur rilevando l'inconciliabilità, lascia aperta la strada al dubbio evocando quella ‘ambiguità’ del negozio giuridico che lo contraddistingue dalla comune ricostruzione della fattispecie; A.E. Cammarata, *Il significato e la funzione del «fatto», nell'esperienza giuridica*, ora in Id., *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, 245 ss., 271 s., 276 ss., il quale rileva come, nell'esperienza giuridica, la relazione assoluta tra fatto e valore è destinata a convertirsi in una distinzione relativa tra elemento *formale* ed elemento *materiale*

proprietà e, specificamente, di quella che si esprime nell' "accessione", con il relativo dibattito in margine alla essenzialità o meno del requisito della *terzietà* per la sua giuridica configurazione;

– infine, il *caveat* a diffidare, unitamente alle 'insidie del linguaggio giuridico'⁶, dall'incipiente pericolo del '*nominalismo*' che avvicinerrebbe, nella verbosità dei dibattiti, alle rigide concettualizzazioni dogmatiche, allontanando l'indagine dagli interessi che, in una prospettiva funzionalistica e teleologica non disgiunta da un'impostazione assiologica, devono rappresentare la chiave di volta dell'investigazione giuridica; sono tutte osservazioni idonee a ridurre notevolmente la "persuasività" della precedente asserzione ed a dare evidenza del sotteso conflitto di interessi, emblematicamente avvertito nel contrasto giurisprudenziale che fatica ad essere consapevolmente recepito dalla dottrina ed assimilato dalla stessa giurisprudenza.

Dapprima, quindi, occorre analizzare le nozioni di 'cortile' e di 'area esterna' alle quali spesso si fa ricorso, assumendo per definitivamente accertato il relativo significato giuridico che, di contro, parrebbe necessariamente rimettersi, per la concreta comprensione, altresì allo stato dei luoghi di volta in volta recuperato dalla vicenda concreta. Rilievo che se, per un verso, consente di prevenire soluzioni astrattizzanti e 'calate' sul *fatto* dall'alto del sistema normativo, per l'altro, impedisce di elaborare soluzioni generali e sistematizzanti per l'interprete; nozioni la cui elaborazione risulta immediatamente funzionale alla determinazione del profilo soggettivo-attributivo se al 'cortile', espressamente ricompreso tra le parti comuni dell'art. 1117, si affianca 'l'area esterna', tra quelle non menzionate.

L'area esterna' e il 'cortile' comune

Si afferma comunemente in giurisprudenza⁷ che il 'cortile' condominiale *normalmente* assolve alla destinazione principale ed oggettiva di fornire aria e luce alle singole abitazioni che formano l'edificio ovvero di consentire l'accesso da e per la via pubblica, identificando spazialmente quella porzione scoperta ricompresa *internamente* ai (e tra i) vari corpi di fabbrica e che l'art. 1117 elenca espressamente tra le parti comuni, salvo che non risulti una titolarità riservata ad alcuni condomini ovvero ad uno soltanto di essi; dapprima, nulla concedendo, in termini di titolarità, a risultanze diverse da quelle veicolate da un titolo formale e, dunque, all'eventuale verifica effettiva della destinazione concreta del cortile al godimento comune o ri-

⁶ È parte del titolo del prestigioso volume del compianto Maestro bolognese, F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, 2010.

L'art. 1117, al n. 2 oggi contempla espressamente le "aree destinate al parcheggio". Esse, nondimeno, non coincidono necessariamente con l'area esterna né possono a questa essere assimilate ai fini dell'individuazione della disciplina applicabile.

⁷ Cass., 19 ottobre 2005, n. 20200; Cass., 3 agosto 1984, n. 4625; Cass., 15 novembre 1978, n. 5267; Cass., 3 settembre 1976, n. 3085

stretto soltanto ad alcuni condomini⁸; poi, nondimeno, giungendo a riconoscere⁹ alla destinazione concreta la forza sufficiente a vincere la presunzione legale consegnata alla medesima disposizione, alla stregua del titolo contrario¹⁰.

Di là dalla questione inerente all'individuazione della natura della disposizione di cui all'art. 1117, si deve ritenere che il cortile, in quanto destinato a fornire luce ed aria agli edifici, di per sé è parte comune dell'edificio, indipendentemente dall'effettiva destinazione al godimento di tutti o soltanto di alcuni condomini¹¹, con la conseguenza che anche il rilievo della mancata fruizione – da parte delle unità immobiliari prive di affaccio – delle specifiche utilità di presa d'aria e luce o di accesso, non inciderà sulla contitolarità del cortile¹², non esauendo queste ultime le sue più ampie potenzialità di sfruttamento, attinenti, alle ulteriori funzioni (in termini di *uso soggettivo*¹³) di parcheggio di autoveicoli, deposito temporaneo di materiali, ecc.

Invero, come si è avuto modo di precisare, “se è certamente esatto che i cortili hanno la funzione di dare aria e luce agli edifici circostanti, è altrettanto esatto che l'area adiacente ad un fabbricato, che assolve a tale funzione, non può perciò solo essere qualificata cortile”¹⁴ e, pertanto, automaticamente comune.

Tuttavia, le certezze in margine alla condivisione della divisata affermazione si ri-

⁸ Cass., 12 dicembre 2003, n. 19088, in *Guida al diritto*, 2004, 11, 75 ss.: “in caso di fabbricato in condominio la circostanza che il cortile serva di accesso alla sola proprietà di uno dei condomini non esclude la natura condominiale dello stesso, che deriva dalla sua funzione di dare aria e luce agli appartamenti che prospettano sullo stesso”; Cass., 26 ottobre 2000, n. 14128, in *Studium juris*, 2001, 345 ss.; ma in senso diverso (sebbene nelle trame delle rispettive vicende concrete la distanza si riduce notevolmente) Cass., 9 giugno 2000, n. 7889, in *Riv. giur. edil.*, 2000, 765 ss.; in questo senso anche M. Cavallaro, *Il condominio negli edifici. Artt. 1117-1128*, in *Cod. civ. comm.*, fondato da P. Schlesinger e continuato da F.D. Busnelli, Milano, 2009, 104 ss.; R. Triola, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, cit., 219

⁹ Cfr., in tal senso, da ultimo: Cass., 27 dicembre 2004, n. 24015; Cass., 28 aprile 2004, n. 8119; Cass., 7 luglio 2003, n. 10700, in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 96 ss.; Cass., 14 novembre 2002, n. 16022; Cass., 1 agosto 2002, n. 11391; Cass., 15 giugno 1998, n. 5948, in *Foro it.*, 1999, I, 216 ss.; Cass., 8 maggio 1998, n. 4662; Cass., 26 novembre 1997, n. 9788; Cass., 28 novembre 1996, n. 10609; Cass., 4 novembre 1996, n. 9982; Cass., 24 agosto 1991, n. 9084, in *Riv. giur. edil.*, 1992, I, 306 ss. In dottrina, cfr. A. Visco, *Problemi giuridici attuali sul condominio di edifici*, Milano, 1966, 6; sembra optare per la tesi della presunzione di comunione M. Dogliotti, *Comunione e condominio*, Torino, 2006, p. 172

¹⁰ Cass. 2 agosto 2010, n. 17993; Cass., 29 giugno 1985, n. 3882; Cass., 22 marzo 1985, n. 2070; Cass., 18 ottobre 1976, n. 3570; Cass., 10 luglio 1972, n. 2317; nel senso che tale presunzione non è assoluta, ma deve essere integrata dall'accertamento in concreto dell'effettiva destinazione del bene in contestazione all'uso comune, cfr. Cass., 6 dicembre 1978, n. 5772, in *Foro it.*, 1979, I, 353 ss.

¹¹ Ma in senso contrario, Cass., 14 luglio 1965, n. 1481; App. Napoli, 30 aprile 1970; recentemente, anche se sul fondamento di diversi ragionamenti, Cass., 29 ottobre 2003, n. 16241, in *Rass. locaz. condom.*, 2004, 493 ss., con *Nota* di M. De Tilla

¹² Cass., 10 novembre 1998, n. 11283, in *Giust. civ.*, 1999, 2398 ss.; Cass., 14 novembre 1996, n. 9982, in *Giust. civ.*, 1997, I, 671 ss.

¹³ È formula adoperata da Cass., 1° marzo 2000, n. 2255, in *Corr. giur.*, 2001, 653 ss. con *Nota* adesiva di di V. Mariconda;

¹⁴ Cass., 29 ottobre 2003, n. 16241, cit.

dimensionano¹⁵ là dove si verificano ulteriori interventi giurisprudenziali che ora in tema di ‘cortile’, ora in tema di ‘area esterna’ recuperano nozioni capaci di creare sovrapposizioni e perplessità, sia per la stessa oggettività dell’individuazione dello spazio, sia per l’imputazione della titolarità, se è vero che l’art. 1117 per il cortile di questa investe tutti i condomini, là dove per l’ ‘area esterna’, genericamente intesa, nulla dispone (e, pertanto, almeno *normalmente*, escludendosi la proprietà comune).

Spesso, infatti, si rileva un’estrema fluidità definitoria tra cortile ed area esterna non riferendo al primo la necessità (struttural-identificatoria) dell’ubicazione all’*interno* di quello spazio costituito dagli edifici¹⁶, finendo così per sovrapporre la più ampia nozione di cortile a quella di ‘area esterna’ e lasciar coincidere, ad ogni effetto, questa con quella¹⁷, individuandosi tutti quegli spazi di terreno lasciati liberi da costruzioni (a volte estendendole ai giardini) al fine precipuo di assicurare aria e luce all’edificio, sì da originare non poche complicazioni (ed incertezze) nell’elezione del criterio per l’individuazione dell’investitura proprietaria dell’area scoperta di volta in volta analizzata.

Questioni che, almeno limitatamente agli spazi destinati a parcheggio, potrebbero (parzialmente) ridimensionarsi in seguito alla riformulazione dell’art. 1117 che ora¹⁸, al n. 2 del comma 1, espressamente li inserisce tra le porzioni di proprietà comune, evidentemente preferendo il criterio concreto della destinazione ai fini della qualificazione dell’area condominiale nei profili formali dell’imputazione comune, e così aggiornando, rispetto alle esigenze abitative del 1942, le parti comuni anche a quelle necessarie al ricovero dei veicoli.

Resterebbe però ancora irrisolta la questione inerente all’ammissibilità, per il condomino che trasferisce la proprietà esclusiva¹⁹ dell’appartamento, di riservarsi – con l’esclu-

¹⁵ M. Cavallaro, *Il condominio negli edifici*, cit., 107 s.

¹⁶ G. Branca, *Comunione*, cit., 386 s.

¹⁷ Cass., 29 ottobre 2003, n. 16241, cit.; Cass., 9 giugno 2000, n. 7889, cit., ove si discute di “ampia portata della parola” cortile e della “funzione di dare aria e luce agli ambienti” con la conseguenza che “nel termine cortile possono ritenersi compresi anche i vari spazi liberi disposti esternamente alle facciate dell’edificio – quali spazi versi, le zone di rispetto, le intercapedini, i parcheggi – che, sebbene non menzionati espressamente nell’art. 1117 cod. civ., vanno ritenute comuni a norma della suddetta disposizione”; Cass., 3 ottobre 1991, n. 10309, in *Arch. locaz.*, 1992, 294 ss.

¹⁸ In adesione a orientamenti giurisprudenziali antecedenti alla riforma, Cass., 16 gennaio 2008, n. 730, in *Notariato*, 2009, 152 ss.: “la speciale normativa urbanistica, dettata dall’art. 41 sexies della legge n. 1150 del 1942, introdotto dall’art. 18 della legge n. 765 del 1967, si limita a prescrivere, per i fabbricati di nuova costruzione, la destinazione obbligatoria di appositi spazi, a parcheggi, in misura proporzionale alla cubatura totale dell’edificio determinando, mediante tale vincolo di carattere pubblicistico, un diritto reale d’uso sugli spazi predetti a favore di tutti i condomini dell’edificio, senza imporre all’originario costruttore alcun obbligo di cessione in proprietà degli spazi in questione. Pertanto, ove manchi un’espressa riserva di proprietà o sia stato omesso qualsiasi riferimento, al riguardo, nei singoli atti di trasferimento delle unità immobiliari, le aree in questione, globalmente considerate, devono essere ritenute parti comuni dell’edificio condominiale, ai sensi dell’art. 1117 cod. civ.”

¹⁹ In realtà, ad essere rigorosi, nei condomini sarebbe sempre necessario discutere di proprietà superficaria, stante la comunanza del suolo sul quale sorge l’edificio

sione dal trasferimento – una o più parti comuni che rimarrebbero nella sua (con)titolarità limitatamente a quanto necessario alla funzionalità dell'uso soggettivo²⁰, nella persistenza del dibattito sulla natura giuridica della norma di cui all'art. 1118 (ora riformulata con modalità più rigorose²¹) e della necessaria preliminare indagine (spesso acriticamente assunta) della sua incidenza sulla concreta vicenda della quale è stata investita (con soluzioni alterne) la giurisprudenza della Cassazione²². Si dibatte in merito alla validità di una clausola contrattuale con la quale, senza nulla disporre sulla proprietà della parte comune di un'area adibita a parcheggio (riservata per un utilizzo e godimento esclusivo al condomino), il dante causa riservasse a sé l'uso ed il godimento (e, dunque, non necessariamente la relativa quota in com-proprietà) dell'area destinata (a dare oggettivamente aria e luce all'edificio, ma soggettivamente adibita anche) a posto auto, nelle inevitabili intersezioni che essa sviluppa con la complessa, e sempre mutevole, disciplina dei parcheggi²³; in particolare di quella di cui all'art. 41-sexies della legge n. 1150 del 1942, introdotta dall'art. 18 della legge n. 765 del 1967 con il vincolo di carattere pubblicistico di asservimento (che, nei rapporti privatistici, viene giurisprudenzialmente configurato nei discutibili termini di 'diritto reale d'uso') dell'area a parcheggio (nelle porzioni ivi indicate) al relativo appartamento, con la Cassazione che da sempre persevera nell'inderogabilità della riserva dell'uso concreto ed effettivo a favore dell'acquirente.

Si procederà, dunque, all'analisi del percorso interpretativo del prevalente orientamento giurisprudenziale, che – talvolta con pronunce che acquisiscono per "*jus recep-*

²⁰ Cass., 1 marzo 2000, n. 2255, cit., pronuncia in cui si afferma che "talune delle parti comuni elencate nell'art. 1117 cod. civ. che, solitamente, a vantaggio dei piani o alle porzioni di piano forniscono utilità oggettiva, talora sono suscettibili anche di uso soggettivo. Si tratta, spesso, di un uso particolare ed anomalo, diverso da quello connesso con la funzione peculiare di queste parti e indipendente dalla relazione strumentale" sì che "le cose non offrono soltanto la consueta utilità oggettiva strumentale, ma diventano suscettibili di fornire una utilità soggettiva del tutto autonoma"; conseguentemente "i cortili, la cui funzione specifica è quella di dare aria e luce al fabbricato, possono essere utilizzati da taluni condomini anche ... per parcheggiare le automobili. Si tratta di un uso soggettivo, che prescinde dalla relazione strumentale configurata dalla necessità per l'esistenza o per l'uso, ovvero dalla destinazione all'uso o al servizio, ma che non pregiudica la consueta utilità oggettiva a vantaggio di tutti i piani o le porzioni di piano, i quali allo stesso modo continueranno a beneficiare dell'aria e della luce. Tale uso soggettivo, in qualche misura, può essere disciplinato dalla privata autonomia"

²¹ Incidendo sul (e forse decisamente superando il) rapporto di funzionalità tra rinuncia alle parti comuni e contributo alle spese comuni. Per tutti, M. Basile, *I diritti e i doveri dei condomini*, in *Tratt. dei diritti reali*, (2013), cit., 60 ss.; R. Triola, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, cit., 204 ss.

²² Cass., 1 marzo 2000, n. 2255, cit., ove la suprema corte afferma la validità della clausola contrattuale che prevedesse l'esclusione dal trasferimento della quota di comproprietà dell'area comune destinata all'uso soggettivo come parcheggio auto; Cass., 2 luglio 2004, n. 12128; Cass., 25 luglio 1978, n. 3719; in senso contrario, sempre con riferimento all'esclusione di un'area destinata a parcheggio, Cass., 29 maggio 1995, n. 6036, la quale si richiama direttamente, per argomentare la conclusione, all'art. 1118; Cass., 25 luglio 1977, n. 3309

²³ L'ultima, di una tormentata vicenda, risale all'art. 10 del d.l. 9 febbraio 2012, n. 5, convertito con modificazioni nella legge 4 aprile 2012, n. 35, in riferimento alla disciplina dei c.dd. parcheggi "Tognoli", innestando una regolamentazione più permissiva della circolazione dei relativi posti auto, funzionale ad una più agevole separazione del vincolo, nella persistenza della destinazione effettiva

tum” il (per vero non convincente) risultato ermeneutico²⁴, con recenti (implicite) adesioni²⁵ – si sforza di sostenere la conclusione secondo cui l’opera edilizia realizzata da un comproprietario su suolo comune ed in dispregio delle regole che governano la comunione (art. 1108) o il condominio (art. 1120, 1121, 1122) e, dunque, *illegittimamente*, risulterà di proprietà esclusiva di colui che ha costruito l’immobile, nella verificata impossibilità dell’applicazione della disciplina di cui all’art. 934 c.c.

Accessione e costruzione sul suolo comune

Il ragionamento della Corte nomofilattica²⁶ prende spunto da un’affermazione che si polarizza sul requisito della “terzietà” o “altruità” della titolarità del suolo rispetto a colui che esegue l’opera²⁷, requisito che se prescritto per gli artt. 936 e 937, non riesce a scorgere nella formulazione legislativa dell’art. 934 alcun riferimento idoneo a supportarlo,

²⁴ Cass., 19 novembre 2004, n. 21901

²⁵ Cass., 15 aprile 2013, n. 9105

²⁶ Sebbene la funzione di nomofilachia debba essere ridimensionata, almeno ad un livello primario di analisi, così come conferma in un denso volume, di recente, G. Verde, *Il difficile rapporto tra giudice e legge*, Napoli, 2012, 21 ss.

²⁷ Per tutte, Cass., 27 marzo 2007, n. 7523, in *Riv. not.*, 2008, 612 ss., ove si discute di “principio pacifico” per cui “nella giurisprudenza di questa Corte, la disciplina dell’accessione, contenuta nell’art. 934 c.c., si riferisce solo alle costruzioni su terreno altrui; essa, pertanto, non trova applicazione nelle ipotesi di costruzioni eseguite da uno dei comproprietari su suolo comune, cui si applica, invece, la normativa in materia di comunione, con la conseguenza che la comproprietà della nuova opera sorge a favore dei condomini non costruttori solo se essa sia stata realizzata in conformità di detta disciplina, cioè con il rispetto delle norme sui limiti all’uso da parte del comproprietario delle cose comuni: pertanto, le opere abusivamente create non possono considerarsi beni condominiali per accessione ma vanno considerati appartenenti al comproprietario costruttore rientranti nella sua esclusiva sfera giuridica”; nel medesimo senso anche; Cass., 24 gennaio 2011, n. 1556, in *Notariato*, 2011, 634 ss., con commento di R. Cimmino; Cass., 13 marzo 2009, n. 6262; Cass., 19 novembre 2004, n. 21901; Cass., 22 marzo 2001, n. 4120; Cass., 18 aprile 1996, n. 3675, in *Riv. giur. edil.*, 1996, I, 905 ss.; Cass., 14 dicembre 1994, n. 10699; Cass., 19 novembre 1994, n. 21901; Cass., 30 marzo 1993, n. 3853; Cass., 26 novembre 1988, n. 6380, in *Giur. agr. it.*, 1989, 87 ss.; Cass., 27 agosto 1986, n. 5242; Cass., 27 agosto 1985, n. 4569; Cass., 5 febbraio 1982, n. 663; Cass., 21 ottobre 1981, n. 5511, in *Giust. civ.*, 1982, I, 52 ss.; Cass., 5 agosto 1977, n. 3565; opinione che trova conferme nelle più recenti pronunce di merito: Trib. Perugia, 12 giugno 2012; Trib. Nocera Inferiore, 23 marzo 2012; Trib. Cassino, 14 luglio 2009.

In senso contrario, e, dunque, per l’operatività, anche nell’ambito di disciplina della comunione, del principio dell’accessione Cass., 11 novembre 1997, n. 11120: “[l]a costruzione eseguita dal comproprietario (o dai comproprietari) sul fondo comune diviene, per accessione, ai sensi dell’art. 934 cod. civ., di proprietà comune dei comproprietari del suolo”; Cass., 23 febbraio 1999, n. 1543, in *Giur. it.*, 2000, 502 ss.; in *Arch. loc.*, 1999, 817 ss., con nota di M. De Tilla; in *Riv. giur. edil.*, 1999, I, 692 ss.; Cass., 13 febbraio 1993, n. 1844, in *Riv. giur. edil.*, 1993, I, 1023 ss., con nota di L. Salis; Cass., 10 novembre 1980, n. 6034; Cass., 11 luglio 1978, n. 3479, in *Giur. it.*, 1979, I, 820 ss.; Cass., 20 novembre 1973, n. 3125; nella giurisprudenza di merito, incisivamente: Trib. Santa Maria Capua Vetere, 5 ottobre 2010; Trib. Bari, 23 novembre 2006.

In dottrina, per la piena operatività del principio dell’accessione: M. Basile, *Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione*, cit., 1297 ss.; C.M. Bianca, *Diritto civile*. 6. *La proprietà*, Milano, 1999, 366 ss.; G. Alpa, voce *Accessione*, in *Dig. disc. priv.-sez. civ.*, I, Torino, 1987, 28 ss.; A. Torrente-P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, XVI ed., Milano, 1999, 316 ss.

esprimendosi quest'ultima in termini di assoluta oggettività, in relazione esclusiva al manufatto, senza in nulla rimandare all'individuazione soggettiva di colui l'avesse realizzato, né in termini puramente descrittivi, né in termini dogmaticamente funzionali all'ermeneutica della disposizione; né, altresì, il richiamo letterale al 'terzo' nelle disposizioni di cui agli artt. 936 e 937 può consentire un'operazione di ortopedia interpretativa, semmai supportata da una prospettiva assiologica e di comparazione degli interessi.

Pertanto, esclusa l'applicabilità dell'art. 934, si aggiunge – quasi sempre – che nelle ipotesi di comunione e condominio si applicherà (in assenza di idonea convenzione pattizia derogatoria) la disciplina per essi prescritta, con la conseguenza che: *a*) se è stata rispettata la regolamentazione dei consensi e delle delibere di cui agli artt. 1108 e 1120 ss., l'opera realizzata sarà nella proprietà dei partecipanti; *b*) se sarà stata illegittimamente violata, l'opera (inspiegabilmente²⁸) diverrà di proprietà esclusiva del proprietario che l'avrà costruita.

Aggiungendosi, a volte, che la prospettata soluzione consentirebbe di non trasformare l'istituto dell'accessione in uno strumento di 'prevaricazione' degli altri partecipanti, costringendoli a divenire proprietari, anche contro la loro volontà, di un determinato bene e privandoli della facoltà di ottenere la rimozione dell'opera a cura e spese del costruttore, in quanto proprietario e non terzo. Così tralasciando di verificare gli effetti e le (gravi) conseguenze che l'interpretazione è idonea a produrre, là dove non si rinviene alcun riferimento all'individuazione degli strumenti di tutela attivabili, in seguito al verificarsi – nella registrazione dell'eccezionalità del fenomeno dell'accessione invertita – di una vicenda assimilabile ad una surrettizia espropriazione, con la conseguenza della necessità di contemperare tale perdita forzosa con una forma omnicomprensiva di risarcimento del danno.

Danno che, se in riferimento all'*an debeat*, sarebbe dimostrato, *in re ipsa*, dall'evidente limitazione subita nell'uso e godimento della cosa comune, evidenzerebbe, in riferimento al *quantum debeat*, perplessità in ordine non soltanto all'individuazione dei fattori alla cui stregua concretizzarlo, quanto in relazione alla possibilità di ipotizzare strumenti di tutela reale quale l'attribuzione del potere di richiedere la rimozione forzata dell'opera.

Invero, l'art. 934 già esprime una precisa opzione assiologica, esito della valutazione del sotteso conflitto di interessi tra il proprietario del suolo e colui che su di esso realizza una costruzione, schiudendo ad una "prospettiva teleologica"²⁹ la lettura

²⁸ In quanto produce un salto logico, che non sembrerebbe colmato nel processo argomentativo, tra la violazione delle 'regole' della comunione e/o del condominio ed il risultato che ad essa vorrebbe imputarsi (acquisto della proprietà del bene), così finendo, con un ossimoro, per sanzionare la condotta con un 'premio'

²⁹ G. Alpa, *Accessione*, cit., 29; in senso parzialmente diverso A. Gambaro, *La proprietà*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Iudica-Zatti, Milano, 1990, 335 ss. che predilige una lettura che compendi il profilo funzionale con quello delle esigenze della circolazione immobiliare

ra dell'istituto; introduce³⁰ un principio generale dell'ordinamento diretto ad evitare liti tra i soggetti, indicando, per un verso, un'acquisizione in termini di certezza per l'individuazione del proprietario (o titolare del diritto reale) sul manufatto che accede al suolo e, per l'altro, precludendo a chi introduca piantagioni o fabbriche sul terreno altrui di poter accampare pretese e/o diritti (reali) che non si risolvano, di contro, in meri diritti (obbligatori) di credito.

E se è vero che il divisato conflitto di interessi si apprezza concretamente nella vicenda che evidenzia il contrasto tra due distinte sfere giuridiche, è altresì evidente che la formulazione legislativa non richiede se non la verifica dell'intervenuta realizzazione edilizia, non distinguendo se sia il prodotto dell'attività del medesimo proprietario del suolo o di un terzo: in altri termini, il riferimento all'attività di costruzione si rivelerà non incidente sulla determinazione dell'investitura proprietaria.

L'accessione e, dunque, il conseguente acquisto a titolo originario, si verificherà per la stessa oggettiva registrazione dell'intervenuta costruzione (esito automatico dell'attività³¹), vale a dire "acquisto che la legge ricollega al solo fatto *materiale e obbiettivo* dell'incorporazione"³², senza che l'ulteriore eventuale indagine sulla terzietà di colui che ha realizzato l'opera potrà introdurre elementi diretti a modificare l'operatività del riferito principio. Opererà automaticamente al verificarsi dell'evento della costruzione, di là dall'azione del soggetto che costruisce³³, che in nulla può negoziabilmente influire su quel meccanismo e sul quale, di contro, con un atto negoziale ed a forma scritta, potrebbe incidere il proprietario del suolo mediante la costituzione del diritto di superficie. Sì che quest'ultimo acquisterebbe il manufatto per accessione (e, dunque, a titolo originario) e non in virtù di una pretesa espansione

³⁰ F. De Martino, *Proprietà artt. 810-956*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1976, 492 ss., spec., 494

³¹ Cass., 10 marzo 2011, n. 5739 distingue, tra i due modi di acquisto a titolo originario, il modo di acquisto per accessione (immediato in esito alla realizzazione dell'opera) che si perfeziona '*ipso iure*' (cd. fenomeno di attrazione reale) e quello per usucapione (cd. fenomeno di attrazione personale) che necessita del trascorrere del ventennio o decennio, oltre ad un'esplicita, sebbene anche meramente fattuale, attività del soggetto, quantunque quella fattualità sia intrisa di giuridica effettività; dunque, l'usucapione non esclude l'operatività dell'accessione, ma si limita semplicemente a farne venire meno gli effetti a causa del successivo acquisto della proprietà dell'immobile e del suolo; tutta la giurisprudenza accede all'interpretazione dell'acquisto automatico del proprietario del suolo, senza che vi sia bisogno di alcuna manifestazione di volontà e senza che sia necessaria alcuna attività giuridica da parte sua; in questo senso anche tutta la dottrina: per tutti, G. Branca, voce *Accessione*, in *Enc. dir.*, I, Milano, 1958, 266; C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 350 che dice del fondamento dell'accessione "nel principio di attrazione della proprietà della cosa principale"

³² G. Branca, *Accessione*, cit., 266, il quale specifica che il fondamento dell'art. 934 è da rinvenirsi nel "principio dell'*attrazione in senso verticale* che la legge riconosce agli *immobili*" (p. 267)

³³ G. Branca, *Accessione*, cit., 268; M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, in *Cod. civ. comm.*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1994, 41 ss. che qualifica l'evento dell'accessione e, quindi, dell'acquisto del manufatto quale *fatto giuridico*, "come eventi cioè le cui conseguenze giuridiche si riconnettono oggettivamente, al loro accadere fenomenico, rimanendo in tal senso prive di rilievo le eventuali peculiarità della causa efficiente"

e/o estensione oggettiva³⁴ del diritto di proprietà dal suolo al manufatto, come vorrebbe un nutrito orientamento giurisprudenziale³⁵.

Il successivo passaggio argomentativo si sviluppa sul raffronto tra la situazione giuridica che si imputa al comproprietario (e che qualifica la sua posizione di appartenenza) e quella che origina dalla comunione. Di là da ogni riferimento alle diverse e distinte ricostruzioni in merito alla spiegazione dogmatico-teorica della comunione³⁶, non può non condividersi, nello specifico, l'affermazione giurisprudenziale secondo cui se il comproprietario non potrà qualificarsi come *terzo*³⁷ al cospetto della (ovvero rispetto ai soggetti che partecipano alla) comunione, neppure potrà ipotizzarsi quella coincidenza soggettiva tra il proprietario del suolo ed il soggetto che realizza l'opera, idonea a mettere in *non cale* l'operatività del meccanismo dell'accessione secondo la tesi che nell'*altruità* del suolo ne rinviene l'essenza.

E tuttavia, anche all'accettazione dell'ipotesi che nega al comproprietario la qualifica di 'terzo'³⁸ rispetto alla com-proprietà del suolo in contitolarietà (tra i cui partecipanti egli pure rientra) non consegue necessariamente la condivisione dell'ulteriore illazione secondo cui la costruzione di un manufatto comporterebbe l'inevitabile conclusione per cui della proprietà del bene, realizzato senza il consenso degli altri³⁹, non potrebbe che investirsi il solo soggetto che l'ha realizzato; a nulla valendo invocare ora

³⁴ In senso nettamente critico circa il concetto di acquisto per 'espansione', ribadendo che l'accessione è un modo di acquisto della proprietà a titolo originario per 'aggiunta' di un bene ad un suolo, anche qualora sia lo stesso proprietario ad aggiungere un bene al suolo già in sua proprietà, prescindendosi dal requisito della terzietà per l'operatività dell'accessione *ex art.* 934 c.c.: G. Branca, *Accessione*, cit., 271 s.; F. Salaris, voce *Accessione*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1997, 1; C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 345 ss.; nel senso contestato, invece, C. Segre, *Intorno alla teorica dell'acquisto per accessione*, in *Scritti giuridici*, IV, Roma, 1939, 27

³⁵ Cass., 27 marzo 2007, n. 7253, cit.

³⁶ Per una rassegna critica ed una proposta, sia consentito rinviare a R. Franco, *La comunione ordinaria*, in *La comunione e il condominio*, cit., 11 ss., spec., 59 ss.

³⁷ La dottrina (F. De Martino, *La proprietà*, cit., 390; C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 365 ss.; F. Salaris, *Accessione*, cit., 3; A. Gambaro, *La proprietà*, cit., 338) precisa che 'terzo' potrà qualificarsi qualsiasi soggetto che non sia legato (*id est*: vincolato) al titolare del diritto reale sul fondo da un qualsivoglia rapporto giuridico (reale o anche soltanto obbligatorio) che nelle diverse modalità gli consenta la facoltà legittima di esercitare il diritto di costruire: Cass., 5 agosto 2003, n. 11835; Cass., 29 marzo 2001, n. 4623, in *Riv. not.*, 2001, 1423 ss.; Cass., 27 agosto 1986, n. 5242, in *Foro it. rep.*, 1986, voce *Proprietà*, n. 35; Cass., 11 agosto 1978, n. 3479, in *Giur. it.*, 1979, I, 1, 820 ss.

³⁸ In questo senso, cioè che il comproprietario-costruttore che violi la disciplina della comunione sia 'terzo', espressamente in M. Basile, *Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione*, cit., 1307 s., sulla base di una interpretazione funzionale della nozione; si osserva che "[n]on agendo nella veste (vale a dire per la realizzazione degli interessi, e quindi nell'ambito dei poteri) di condomino l'innovatore, pur mantenendo la qualità di membro del gruppo dei comunisti, assume nella circostanza una posizione autonoma rispetto ad esso, così che viene a realizzarsi la dualità soggettiva nel compimento dell'opera e nell'appartenenza della cosa, che costituisce il presupposto per l'applicazione dell'art. 936 e la sua ragione pratica; «terzo» ai sensi della disposizione legislativa in esame è dunque il condomino innovatore in quanto agisce come soggetto diverso dal titolare della situazione che ha per oggetto il fondo (comproprietà)»

³⁹ La cui registrazione, di contro, farebbe inspiegabilmente ritornare il bene nella comune contitolarietà

l'inoperatività dell'accessione, ora la violazione delle regole predisposte dal legislatore per le innovazioni nella comunione (art. 1108) e nel condominio (art. 1120).

Esemplificando, si potrebbero icasticamente individuare i seguenti passaggi:

- a) tra i presupposti applicativi del principio consegnato all'art. 934 si predica la verifica del requisito dell'*altruità*⁴⁰ del suolo rispetto a colui che esegue la costruzione;
- b) il proprietario del suolo, che su di esso costruisce un manufatto, non ne acquista la proprietà a titolo originario e per accessione, bensì in virtù di un (non meglio precisato) principio di espansione del dominio, che estende la proprietà – modificandone l'oggetto – anche all'edificio;
- c) attesa l'adesione alla teoria romanistica della comunione, il comproprietario-costruttore non potrà considerarsi estraneo (*id est*: terzo) rispetto alla titolarità del suolo (comune anche a lui) sul quale procede ad edificare, con la conseguenza che non potrà registrarsi il presupposto dell'*altruità* necessario all'attivazione del principio dell'accessione;
- d) il principio dell'accessione non dovrà operare necessariamente, se dalla legge o dal titolo dovesse risultare diversamente;
- e) le norme sulla comunione e sul condominio rappresentano una *deroga legale* all'operatività di quel principio, con la conseguenza che esso è messo in *non cale*, applicandosi il regime di disciplina che prevale sulla regola generale *superficies solo cedit*;
- f) la regolamentazione degli artt. 1100 ss. contempla che le opere e i manufatti edificati sul terreno comune divengono anch'essi di contitolarità comune qualora sia stata rispettata la disciplina indicata dal legislatore, con la conformazione alle regole dell'assemblea e delle relative maggioranze;
- g) qualora questa disciplina risulti violata, il comunista-costruttore, in seguito all'abuso delle regole della comunione, diverrà proprietario esclusivo del manufatto realizzato.

Risulta evidente il 'salto logico' ovvero la mancanza argomentativa⁴¹ che non riesce a spiegare né il funzionamento del meccanismo acquisitorio della proprietà esclusiva a favore del condomino costruttore, né la (discutibile) conseguenza che si vorrebbe condividere in esito alla violazione del regime delle innovazioni non rivenendosi alcuna disposizione che schiuda alla contestata soluzione.

La non agevole comprensibilità dell'incedere giurisprudenziale ha suggerito di intraprendere una diversa linea di indagine affinché si verificassero da vicino le vicende sottese al diviso esito interpretativo e così provare ad indagare le ragioni del

⁴⁰ In senso contrario, G. Alpa, *Accessione*, cit., 33; F. De Martino, *Proprietà*, cit., 389; G. Branca, *Accessione*, cit., 261 ss.; C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 365; A. Torrente-P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, cit., 317; R. Triola, *Dell'accessione, della specificazione, dell'unione e della commistione*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della proprietà. Art. 869-1099*, a cura di A. Jannarelli-F. Macario, Torino, 2012, 374

⁴¹ Di "anello mancante" discute G.A.M. Trimarchi, *Edificazione su suolo comune del comunista senza il consenso degli altri*, Studio del CNN n. 175/2008 C, 1 ss., spec., 7

confitto alla cui soluzione il giudizio della Cassazione è funzionale. Per apprendersi che il ragionamento potrebbe rendersi suscettibile di maggiore condivisione qualora, nella soluzione avanzata, riuscisse a rinvenirsi l'intento di risolvere un conflitto di interessi tra il comunista (che ha realizzato l'opera e della quale pretenderebbe di investire della proprietà anche gli altri partecipanti alla comunione) e questi ultimi che, di contro, non ne reclamassero la contitolarità, né esprimessero una manifestazione di volontà diretta a conseguirla; anzi, espressamente, si opponessero all'acquisto, a protezione della loro sfera giuridica: in questa ipotesi potrebbe forse convenirsi di individuare, anche in esito ad una ponderazione assiologica degli interessi coinvolti, quale proprietario esclusivo dell'edificio il solo comunista-costruttore.

Percorso che continuerebbe a mantenersi coerente⁴² laddove il giudice, richiesto dal comproprietario-costruttore della demolizione dell'opera realizzata su suolo comune, decidesse (nella valutazione di un generale principio operante nel nostro ordinamento per apprestare ampia tutela a colui che apporta miglioramenti alla proprietà) di attribuire – nella verificata assenza di ogni interesse contrario degli altri comproprietari – la proprietà esclusiva del manufatto proprio a colui che l'ha realizzato, incrementando il valore della proprietà.

Ma, il divisato orientamento, assunto nella rigidità del ragionamento ricostruttivo e nella costante attribuzione della proprietà esclusiva al comunista-costruttore, a prescindere dalla verifica del concreto conflitto di interessi di volta in volta declinato, per un verso, finisce per recuperare all'esito argomentativo soltanto una delle diverse ipotesi conflittuali in astratto immaginabili, e, per l'altro, non tarda a rivelare notevoli perplessità⁴³ sistematiche, idonee a ridurne sensibilmente i margini di divisibilità.

La riferita soluzione incontrerebbe ampi attriti e decisa resistenza laddove si ipotizzasse (come, invero, è stato possibile verificare dall'analisi specifica delle sentenze) un conflitto di interessi tra il comunista-costruttore e gli altri partecipanti in cui entrambe le contrapposte parti reclamassero la proprietà (ora esclusiva, ora in contitolarità) del manufatto realizzato, non verificandosi né il disinteresse del costruttore, né quello degli altri comunisti, ai limiti di un atteggiamento di trascuratezza o noncuranza nei confronti del bene (e che il legislatore pone a fondamento del formarsi dell'usucapione).

Perplessità che viepiù si accreditano in un'analisi specifica delle argomentazioni che la giurisprudenza pone a fondamento del suo orientamento.

In primo luogo, quella relativa alla presunta inoperatività del principio dell'accessione ex art. 934 nell'ipotesi in cui non si riscontrasse l'*altruità* del suolo rispetto a colui che realizza il manufatto. Invero, dall'analisi della lettera – come dalle disposizioni successive che, di contro, al terzo (e, dunque, al requisito della terzietà) fanno

⁴² È l'ipotesi vagliata da G.A.M. Trimarchi, *Edificazione su suolo comune*, cit., 7

⁴³ Avvertite anche da R. Triola, *Dell'accessione*, cit., 374

espreso riferimento – emerge come il principio dell'accessione operi *ex lege*⁴⁴, per il fatto stesso della costruzione, inteso nella sua concreta rilevata oggettività, senza che per l'acquisto a titolo originario sia necessario un atto (negoziale o meno) imputabile alla dichiarazione o all'azione dell'uomo, che si aggiunga all'attività diretta alla piantagione o alla realizzazione della costruzione.

Il solo *fatto* (*id est*: fatto giuridicamente rilevante) della realizzazione dell'opera produce l'accessione e l'acquisto a titolo originario del manufatto a favore del proprietario del suolo, senza l'ulteriore richiesta del requisito della *terzieta*⁴⁵; d'altra parte "l'art. 934 c.c. non fa alcuna distinzione in ordine a chi abbia eseguito la costruzione sul suolo"⁴⁶.

Alla stregua dell'orientamento giurisprudenziale prevalente⁴⁷ si dovrebbe pervenire a ritenere ammissibile una modalità ulteriore (rispetto a quelle espressamente previste) di acquisto della proprietà, là dove pensiero pacifico esclude che possano rinvenirsi ipotesi diverse da quelle contemplate dal legislatore, come, di contro, finirebbe per doversi intendere l'acquisto a favore del costruttore su suolo comune per la mancata applicazione del principio dell'accessione.

Non solo, dunque, il soggetto che costruisce sul suolo proprio non acquisterebbe la proprietà dell'edificio per *accessione* ma per una (non meglio precisata) espansione del diritto di proprietà, non riuscendosi a comprendere a cos'altro dovrebbe corrispondere il divisato fenomeno 'espansivo' se non proprio all'operatività dell'accessione; ma, altresì, riuscirebbe poco agevole comprendere quale sarebbe il modo di acquisto della proprietà in capo a colui che ha violato il regime per le innovazioni della comunione (art. 1108) e nel condominio (art. 1120 ss.): i modi di acquisto della proprietà sono indicati e disciplinati dal legislatore⁴⁸ senza che all'autonomia privata sia consentito esprimersi al riguardo, se non optando – ove consentito – per la scelta di uno tra essi.

⁴⁴ Autorevolmente G. Branca, *Accessione*, cit., 266; M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, cit., 88; F. Salaris, *Accessione*, ti., 1. Lo ribadisce espressamente Cass., 31 marzo 1987, n. 3103; Cass., 11 novembre 1997, n. 11120, cit.

⁴⁵ Chiaramente, M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, cit., 51 ss.

⁴⁶ Trib. Bari, 23 novembre 2006

⁴⁷ Che non esita a modificarsi in tema di comunione legale degli acquisti tra coniugi, in cui si opta espressamente con una diversa soluzione: Cass., 3 luglio 2013, n. 16670: "il principio generale dell'accessione posto dall'art. 934 c.c., in base al quale il proprietario del suolo acquista ipso iure la proprietà della costruzione su di esso edificata e la cui operatività può essere derogata soltanto da una specifica pattuizione tra le parti da una altrettanto specifica disposizione di legge, non trova deroga nella disciplina legale tra coniugi, in quanto l'acquisto della proprietà per accessione avviene a titolo originario senza la necessità di apposita manifestazione di volontà, mentre gli acquisti ai quali è applicabile l'art. 177, comma 1, c.c. hanno carattere derivativo, essendone espressamente prevista una genesi di origine negoziale, con la conseguenza che la costruzione realizzata in costanza di matrimonio ed in regime di comunione legale da entrambi i coniugi sul terreno di proprietà personale di uno di essi è a sua volta proprietà personale ed esclusiva di quest'ultimo in virtù dei principi generali in materia di accessione, mentre al coniuge non proprietario, che abbia contribuito all'onere della costruzione, spetta, previo assolvimento dell'onere della prova di aver fornito il proprio sostegno economico, il diritto di ripetere nei confronti dell'altro coniuge le somme spese a tal fine"; Cass., 30 maggio 2013, n. 13603

⁴⁸ Da ultimo, F. Alcaro, *Diritto privato*, Padova, 2013, 139

E se è vero che il meccanismo consegnato all'art. 934 è agevolmente comprensibile nella prospettiva di due distinte sfere giuridiche (riferibili a due soggetti o centri di imputazione) che attendono a distinti interessi, è anche vero che qualora si registrasse una coincidenza tra l'uno e l'altro non perciò stesso si dovrebbe concludere per l'inoperatività dell'accessione.

Proseguendo, si apprende che l'incerta soluzione si polarizza, per un verso (e come già indicato), sull'inapplicabilità delle regole dell'accessione alla costruzione realizzata dal comproprietario-costruttore, nell'assunzione che l'art. 934 richieda necessariamente il requisito dell'*altruità* e, per l'altro, sulla conseguente applicabilità (ed in sostituzione di quel principio) delle regole della comunione o del condominio e sulla non qualificabilità del costruttore come 'terzo' rispetto agli altri partecipanti alla comunione.

Se quest'ultima conclusione potrà agevolmente condividersi, almeno nella prevalente ricostruzione teorica della natura giuridica della comunione ordinaria, riesce, di certo, poco agevole convenire⁴⁹ sul passaggio ulteriore del ragionamento della Suprema Corte, là dove si crede di poter sostenere l'affermazione, costantemente ribadita, secondo cui il comproprietario-costruttore che realizza il manufatto sul suolo comune, senza il consenso degli altri, ne diviene proprietario esclusivo.

Quel che non riesce a comprendersi è il rapporto di consequenzialità teleologica tra (la violazione del)le regole della comunione e la disciplina dell'automatica investitura nella situazione di proprietà dell'edificio del comunista-costruttore.

E, specificamente, non si comprende perché:

- a) la violazione del regime delle innovazioni debba, meccanicamente, condurre alla titolarità proprietaria del costruttore, tralasciando sia il disposto dell'art. 1102, che preclude al singolo partecipante di fare uso del bene comune in danno agli altri partecipanti⁵⁰, salvo che non muti il titolo del suo possesso, sia il principio pervasivo dell'accessione;
- b) l'ottenimento del consenso da parte degli altri partecipanti consentirà, nuovamente, l'operatività del principio dell'accessione, con la conseguenza che la proprietà del manufatto si acquisterà alla contitolarità di tutti.

Gli è che la soluzione meriterebbe un più mediato ripensamento critico⁵¹ se non riesce a conformarsi alle (meglio si direbbe: è in aperto, quanto trascurato, contrasto

⁴⁹ In senso critico anche G.A.M. Trimarchi, *Edificazione su suolo comune*, cit., 8 ss.

⁵⁰ Fa applicazione concreta del principio, da ultimo, Cass., 16 gennaio 2014, n. 820, inedita.

⁵¹ G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., 56 ss., 96 ss.: "l'opera ... [non può] non seguire la sorte della cosa principale e non cadere nelle mani dei compartecipanti alla comunione in proporzione alle loro quote"; ma già M. Vitalevi, *Della comunione dei beni*, Torino, 1884, 384 ss.; L. Salis, *La comunione*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, IV, Torino, 1939, 87; M. Basile, *Osservazioni in tema di rapporti fra accessione e comunione*, cit., 1307; M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, cit., 161

con le) primarie esigenze di ragionevolezza consegnate ai principi dell'ordinamento giuridico e con le stesse disposizioni predisposte a disciplina della vicenda, se è vero che attribuire formalmente al comproprietario-costruttore, che in ipotesi abbia violato la disciplina della comunione, la proprietà esclusiva del manufatto, nella verificata istanza compositoria di un conflitto di interessi che sull'investitura nel diritto di proprietà si fonda, rappresenta conclusione tanto in contrasto con i principi e le disposizioni indicati, quanto idonea a provocare esiti non meno discutibili e scarsamente condivisibili.

Non solo si farebbe premio al soggetto che ha violato le norme sulla comunione, configurando un illecito civile, ma beneficiandolo del risultato materiale (la proprietà dell'opera) di quella condotta (l'attività di costruzione) non conforme a legge, con un risultato interpretativo che non potrebbe non rivelarsi finanche paradossale⁵²; non solo si introdurrebbe indirettamente un ulteriore modo di acquisto della proprietà e una deroga al principio dell'accessione non previsti dal legislatore; ma si giungerebbe, altresì, ad innescare (almeno in quelle prospettive che volessero il costruttore divenire anche proprietario della porzione di suolo occupato con il manufatto) un surrettizio procedimento di espropriazione forzata, non rispondente ad un superiore interesse generale o di ordine pubblico economico (art. 834 c.c.), funzionalizzato al soddisfacimento di un interesse meramente privato di un soggetto che, come riferito, ha in ipotesi violato la relativa disciplina.

Non si può che ribadire l'auspicio – già manifestato ormai da un lustro⁵³ – che il compatto (benché “poco convincente”⁵⁴) orientamento giurisprudenziale ripensi *ex funditus* il ragionamento e rimediti, in una dimensione problematica, la vicenda concreta e gli interessi che in essa si agitano per pervenire ad una soluzione che, da un lato, si renda condivisibile alla stregua delle disposizioni in tema di accessione e di comunione/condominio e, dall'altro, si conformi ad una prospettiva assiologica attenta alle istanze che provengono dal fatto, già inevitabilmente intriso di giuridicità.

In stretto giro di parole, si giunga alla conclusione che il manufatto, “come è certo, ... cad[a] in proprietà dei comproprietari del suolo ... in ragione delle loro quote”⁵⁵.

⁵² Ed infatti, G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., 57 lo esclude espressamente: “l'opera, la pianta, ecc., se rimangono ... non possono non seguire la sorte della cosa principale e non cadere nelle mani dei compartecipanti in proporzione alle loro quote”; M. Paradiso, *L'accessione al suolo*, cit., 161. Ma già M. Vitalevi, *Della comunione dei beni*, I, Torino, 1884, 384 ss.; L. Barassi, *Proprietà e comproprietà*, Milano, 1951, 217; L. Salis, *La comunione*, cit., 87

⁵³ G.A.M. Trimarchi, *Edificazione su suolo comune*, cit., 12

⁵⁴ C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 367

⁵⁵ C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 367; R. Triola, *Dell'accessione*, cit., 374 s.: “[l]a costruzione eseguita su un suolo comune da tutti o da uno solo dei comproprietari diventa comune” e “non si vede come la comproprietà del suolo non si estenda alla comproprietà della costruzione, in applicazione del principio generale dell'accessione”

L'area esterna ed il regime della proprietà condominiale

Di recente sembrerebbe affermarsi un ulteriore orientamento giurisprudenziale che, in un diverso turno ermeneutico e sulla scia di un'interpretazione dell'art. 1117 già nota ai giudici di legittimità⁵⁶ – senza mai riferirsi all'operatività del principio dell'accessione ed all'intersezione con le regole della comunione, seppur a volte implicitamente evocandolo –, giunge alle medesime conclusioni della non estensione della comunione (o della proprietà comune condominiale) sia al suolo esterno e/o interno all'area condominiale diversa (e distinta) da quella sulla quale materialmente insiste il fabbricato a più piani, sia all'eventuale manufatto (autonomo ed indipendente rispetto allo stabile condominiale) su di essa realizzato, anche in epoca successiva alla formazione del condominio, salvo che dal titolo⁵⁷ costitutivo (espressione dell'autonomia privata⁵⁸, che richiede la forma scritta *ad substantiam*) non risulti espressamente una diversa investitura (e, dunque, la proprietà comune), con onere della prova⁵⁹, ex art. 2697 c.c., a carico (per effetto dell'art. 1117) di chi volesse dimostrare la proprietà esclusiva.

In altri termini, occorrerà sempre un titolo per dimostrare la titolarità “collettiva” dell'immobile, che non potrà desumersi esclusivamente dalla disposizione di cui all'art. 1117. Dovrà, quindi, escludersi la condominialità del manufatto quand'anche esso fosse stato costruito in seguito allo stabile condominiale ed utilizzasse i servizi comuni. Sì che l'originaria appartenenza allo stesso proprietario dell'unico terreno sul quale, in tempi diversi, sono stati costruiti l'edificio condominiale e il fabbricato indipendente, non comporterà automaticamente, che anche il secondo si attribuisca in contitolarità.

Il riferito orientamento – concentrandosi su una peculiare, quanto diffusa e restrittiva, interpretazione dell'art. 1117 – argomenta che “l'estensione della proprietà condominiale ad edifici separati ed autonomi rispetto all'edificio in cui ha sede il condominio può essere giustificata soltanto in ragione di un titolo idoneo a far ri-

⁵⁶ Cass., 13 gennaio 1984, n. 273: “il suolo su cui sorge l'edificio, che a norma dell'art. 1117 n. 1 cod. civ. è presunto comune tra i condomini di un edificio, è soltanto quello occupato e circoscritto dalle fondamenta e dai muri perimetrali esterni, mentre il suolo adiacente o circostante può rientrare tra le cose comuni unicamente per diverso titolo”; Cass., 26 marzo 1974, n. 841; Cass., 16 ottobre 1968, n. 3317; Cass., 27 aprile 1953, n. 1151, in *Giust. civ.*, 1953, 1434 ss.; Cass., 5 dicembre 1966, n. 2834, in *Riv. giur. edil.*, 1967, I, 248 ss.

⁵⁷ Si precisa che un idoneo titolo non potrà essere rappresentato né dal regolamento di condominio, né dalla tabella di ripartizione delle spese, né, ancora, dalla presenza di un utilizzo della parte comune, magari per accedere a quella di proprietà esclusiva e che si vorrebbe, di contro, mercé il ricorso a quell'utilizzo definire condominiale: Cass., 18 aprile 2002, n. 5633; né ancora da atti catastali di frazionamento ed accatastamento e della relativa trascrizione: Cass., 23 febbraio 2001, n. 2670.

Ai fini di stabilire se esista un titolo contrario alla presunzione di comunione sancita dalla norma dell'art. 1117 c.c. occorre fare riferimento all'atto costitutivo del condominio, cioè al primo atto di trasferimento di una unità immobiliare dall'originario proprietario ad altro soggetto: Cass., 4 novembre 1994, n. 9062

⁵⁸ Sebbene si sia ammesso anche l'usucapione: Cass., 9 novembre 1998, n. 11268

⁵⁹ Per M. Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, Napoli, 1967, 281 l'art. 1117 introduce semplicemente un'inversione dell'onere probatorio

comprendere il relativo manufatto nella proprietà del condominio stesso, qualificando espressamente tale bene come ad esso appartenente negli atti in cui, attraverso la vendita dei singoli appartamenti, il condominio risulta costituito⁶⁰. Così attenendosi rigorosamente alla nota interpretazione del sintagma 'suolo', ribadisce come sia necessario osservare "che l'estensione della comunione al suolo, come dispone l'art. 1117 c.c., postula che su uno stesso terreno insistano diversi piani o porzioni di piani costituenti un unico edificio, sicché le costruzioni fra loro separate, ancorché erette su suolo originariamente del medesimo proprietario, non soggiacciono alla presunzione di comunanza posta dalla norma"⁶¹.

Qui, per la verità, si dovrebbe concedere primariamente alla delicata problematica della natura giuridica della norma di cui all'art. 1117, nell'alternativa⁶² se essa sia, come l'insegnamento dominante crede⁶³, una presunzione (non assoluta⁶⁴ ma) relativa⁶⁵ (che potrà essere superata soltanto in presenza di un 'titolo contrario'⁶⁶) ovvero – in un'interpretazione fino a poco tempo fa minoritaria⁶⁷ ma fatta propria dalle sezioni unite della

⁶⁰ Cass., 15 aprile 2013, cit.; Cass., 21 maggio 2012, cit.

⁶¹ Cass., 15 aprile 2013, cit.; Cass., 26 aprile 1983, cit.

⁶² Riproposta dalla parte ricorrente e riportata nella parte espositiva da Cass., 16 gennaio 2014, n. 822, inedita.

⁶³ Per una recente rassegna delle opinioni, cfr., R. Triola, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, cit., 192 ss.

⁶⁴ Cass., 6 dicembre 1978, n. 5772

⁶⁵ Come peraltro si registra negli artt. 880, 881 c.c.

Sul punto le sentenze sono numerosissime; tra esse: Cass., 29 gennaio 2014, n. 1947; Cass., 2 agosto 2010, n. 17993; Cass., 9 giugno 2010, n. 13883; Cass., 13 marzo 2009, n. 6175; Cass., 21 dicembre 2007, n. 27145; Cass., 30 agosto 2004, n. 17397; Cass., 23 febbraio 1991, n. 1915; Cass., 1° agosto 1990, n. 8233; Cass., 7 giugno 1988, n. 3862; Cass., 13 aprile 1987, n. 3671; Cass., 20 ottobre 1984, n. 5315; Cass., 6 luglio 1984, n. 3966, in *Vita not.*, 1985, 161 ss., con nota di G. Terzago; Cass., 26 aprile 1984, n. 2622; Cass., 5 aprile 1984, n. 2206; Cass., 14 luglio 1983, n. 4825; Cass., 5 febbraio 1982, n. 674; Cass., 18 gennaio 1982, n. 319; Cass., 6 maggio 1980, n. 2984; Cass., 6 dicembre 1978, n. 5772; Cass., 21 marzo 1977, n. 1090; Cass., 15 novembre 1976, n. 4237; Cass. 10 novembre 1976, n. 4139; Cass., 29 maggio 1976, n. 1955

In dottrina: L. Salis, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da Vassalli, Torino, 1956, 13; Id., voce *Condominio negli edifici*, in *Nss. D. I.*, III, Torino, 1968, 1118; D.R. Peretti Griva, *Il condominio di case divise in parti*, Torino, 1960, 71; M. Costantino, *Contributo alla teoria della proprietà*, cit., 269; R. Triola, *Il condominio*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da Bessone, Torino, 2002, 46, il quale di recente ha cambiato opinione; F. Girino, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, Torino, I ed., 1982, VIII, 335 ss., il quale tuttavia sottolinea il carattere particolare della presunzione; R. Viganò, *Il condominio negli edifici*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da P. Rescigno, 8, II, Torino, 2002, 369 ss., spec., 384 ss.; M. Maienza, *Le sezioni unite 'cancellano' la presunzione legale di comunione ex art. 1117 c.c.*, in *Corr. giur.*, 1993, 1186 ss.

⁶⁶ Al punto che il restringimento dell'ambito degli elementi probatori per mettere in *non cale* la presunzione ha fatto anche ritenere che si tratterebbe di una presunzione *sui generis* (F. Girino, *Il condominio negli edifici*, cit., 348)

⁶⁷ G. Branca, *Comunione. Condomini negli edifici*, cit., 369 ss., il quale insiste che non trattasi di presunzione poiché quelle parti "il legislatore le vuole comuni", prescrivendo che "certe cose sono *ex lege* comuni, salvo diversa volontà delle parti o usucapione"; C.M. Bianca, *La proprietà*, cit., 504-505; G. Terzago, *Il condominio. Trattato teorico-pratico*, Milano, 2000, 24 ss.; aderisce R. Corona, *La situazione soggettiva di condominio*, in *Tratt. diritti reali*, diretto da Gambaro e Morello, III, *Condominio negli edifici e comunione*, a cura di Ba-

Cassazione⁶⁸ – una norma qualificativo-dispositiva⁶⁹ (non meramente suppletiva o integrativa⁷⁰, di carattere sostanziale⁷¹ e *programmatica*⁷²) sull’investitura o sull’attribuzione *ex lege* della ‘proprietà comune’ di alcuni beni ‘accessori’ (c.d. *regolamento legale delle cose comuni* ovvero *regola di attribuzione della proprietà in comunione*), finendo per incidere la prescelta opzione ricostruttivo-dogmatica sull’indagine verificatoria del diverso ruolo ermeneutico che assume l’effettiva destinazione del bene, tra quella permanente a servizio o ad ornamento della proprietà esclusiva di un singolo condomino e quella a beneficio di alcuni soltanto dei condomini.

Se, in altri termini, la *destinazione effettiva* del bene di cui si ricerca il titolo dell’investitura proprietaria si configuri (nelle diverse declinazioni applicative) quale elemento pregiudiziale⁷³ alla stessa verifica della possibile contitolarità del bene (operando essa *ab origine* sulla natura del bene⁷⁴) ovvero si qualifichi quale deroga (con forza pari al titolo contrario e, quindi, operando *ex post*) alla presunzione legale⁷⁵ dell’assunto originario della comunione del bene ex art. 1117 c.c.

Senonché (per quanto diversamente formulati e *prima facie* difficilmente conciliabili, almeno nelle rigidità espressive delle modalità dogmatiche), nella verifica concreta, la divisata distanza tra i due orientamenti, anche nei profili applicativi della dimensione probatoria, decisamente si ridimensiona⁷⁶, operando la conforma-

sile, Milano, 2012, 28 s.: l’art. 1117 “non contempla un fatto di conoscenza, ma il meccanismo di attribuzione del diritto”; R. Triola, *L’edificio condominiale e l’utilizzazione dei beni comuni*, cit., 195 ss.

⁶⁸ Cass. Sez. Un., 7 luglio 1993, n. 7449, in *Corr. giur.*, 1993, 1186 ss., secondo cui il legislatore “non ha sancito una presunzione legale di comunione” di alcuni beni “ma ha disposto che detti beni sono comuni a meno che non risultino di proprietà esclusiva in base a un titolo” comunque formale, in quanto “è solo da quest’ultimo che una cosa comune può risultare di proprietà singola in quanto la destinazione particolare esclude già all’origine che il bene rientri nelle categorie delle cose comuni e che ad essa possa quindi riferirsi la norma dell’art. 1117 del codice civile”; invero – si continua – “una cosa non può proprio rientrare nel novero di quelle comuni se serva per le sue caratteristiche strutturali soltanto all’uso e al godimento di una parte dell’immobile oggetto di un autonomo diritto di proprietà”; in *Giust. civ.*, 1994, I, 436 ss. (la sentenza) e in *Giust. civ.*, 1994, I, 1977 ss. con nota di M. De Tilla; in *Foro it.*, 1993, I, 2811 con nota di R. Caso; in *Arch. locaz.*, 1993, 709 ss., con nota di G. Maglia

⁶⁹ G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., 372, ove si precisa che parlare di “presunzione *juris tantum* è del resto assai pericoloso” (p. 370); A. Gambaro, *La proprietà*, cit., 335; aderisce R. Corona, *La situazione soggettiva di condominio*, cit., 28 ss., il quale rileva come l’art. 1117 “non contempla un fatto di conoscenza, ma il meccanismo di attribuzione del diritto ... il condominio si fonda sulla attribuzione *ex lege*”

⁷⁰ Senz’altro non veicolante una presunzione, per l’espreso riferimento al ‘titolo’ quale unica modalità idonea a superare il disposto normativo.

⁷¹ M. Cavallaro, *Il condominio negli edifici*, cit., 65 ss. ove un’approfondita trattazione

⁷² M. Cavallaro, *Il condominio negli edifici*, cit., 87

⁷³ Cass., sez. un., 7 luglio 1993, cit.

⁷⁴ Aderiscono M. Dogliotti-A. Figone, *Il condominio*, in *Giur. sist. dir. civ. comm.*, fondata da Bigiavi, Torino, 1992, 38

⁷⁵ Per tutte Cass., 9 giugno 2000, cit.

⁷⁶ Cfr., anche, G. Terzago, *Il condominio*, cit., 24; R. Triola, *Il condominio*, cit., 11; F. Bottoni, *In tema di condominio, presunzione di comproprietà e vincoli di destinazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 341 ss.; lo rileva anche Cass., sez. un., 7 luglio 1993, cit. Lo sottolinea puntualmente Cass., 16 gennaio 2014, cit.

zione destinataria e l'effettiva funzionalità del bene – di volta in volta considerata nella relazione di accessorietà al bene principale – sull'individuazione dell'investitura formale della titolarità (comune o esclusiva), ora come presupposto dell'applicazione⁷⁷ dell'art. 1117, ora come prova contraria (con valore pari al 'titolo') all'operatività della presunzione⁷⁸. Non escludendosi che essa, in altri profili, potrebbe rivelarsi non dirimente se si riuscisse a convenire con quell'impostazione⁷⁹ che ammette (con specifico riferimento all'alloggio del portiere) la persistenza di un vincolo di destinazione d'uso (qualificato discutibilmente⁸⁰ come obbligazione *propter rem*⁸¹ di origine legale⁸² anziché quale limitazione legale al contenuto del diritto di proprietà) anche nell'ipotesi in cui il bene contemplato si appartenga o venisse trasferito in proprietà esclusiva ad un solo proprietario⁸³.

La disputa si svolge sull'interpretazione della formula "se il contrario non risulta dal titolo" perché a qualificare la disposizione di cui all'art. 1117 quale presunzione relativa *ex lege* si dovrebbero poi ritenere ammissibili tutte le prove contrarie e, tra esse, anche quella (ulteriore rispetto al titolo) che si avanzasse nel tentativo di provare che solo alcuni condomini sono contitolari di quel bene in quanto lo "usino di fatto"⁸⁴, là dove il legislatore mostra di individuare quale idonea prova soltanto il 'titolo contrario'⁸⁵, senza attribuire alcun rilievo alle circostanze della destinazione o del godimento effettivo e, in ogni caso, non consentendo ad esse di incidere sulla

⁷⁷ Configurandosi, in caso di mancata applicazione dell'art. 1117 la vicenda che la prassi ha battezzato come 'condominio parziale': da ultimo R. Triola, *L'edificio condominiale e l'utilizzazione dei beni comuni*, cit., 199 ss.

⁷⁸ In questo senso espressamente Cass., 1° agosto 1990, cit., ove si legge che "la destinazione particolare vince la presunzione di comunione alla stessa stregua di un titolo contrario"; Cass. 14 gennaio 2014, cit.: è "sufficiente per presumer[e] la natura condominiale, che esso [il bene: nda] abbia l'attitudine funzionale al servizio o al godimento collettivo, e cioè sia collegato, strumentalmente, materialmente o funzionalmente con le unità immobiliari di proprietà esclusiva dei singoli condomini, in rapporto con queste da accessorio a principale, mentre spetta al condominio che ne afferma la proprietà esclusiva darne la prova"; Cass. 29 gennaio 2014, cit., la quale precisa che il riferimento ai dati catastali non si rivela utile ad integrare.

⁷⁹ Cass., 1° aprile 2003, n. 4905, in *Giur. it.*, 2004, I, 980 ss.; Cass., 27 marzo 2001, n. 4435; Cass., 24 ottobre 1995, n. 11068; Cass., 25 agosto 1986, n. 5167, in *Foro it.*, 1987, I, 90 ss.

⁸⁰ Cfr., infatti, L. Bigliazzi Geri, U. Breccia, F.D. Busnelli, U. Natoli, *Diritto civile. 2. Diritti reali*, Torino, 1988, 250

⁸¹ In quanto tale opponibile al terzo acquirente di là dalla sua pubblicità immobiliare o da un espresso richiamo nell'atto di trasferimento

⁸² La fonte legale della divisata obbligazione *propter rem* non pare potersi rinvenire nell'art. 1117 il quale dispone una presunzione di comproprietà, senza nulla dire in merito all'eventuale destinazione, derogabile solo con delibera unanime del condominio

⁸³ Per una serrata critica G. Dimartino, *Obbligazione propter rem e condominio*, in *Giur. it.*, 2004, 982 ss.

⁸⁴ G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., 370

⁸⁵ G. Branca, *Comunione. Condominio negli edifici*, cit., 372, peraltro precisa che "non posso non rilevare quanto sia contraddittorio parlare di presunzione e dire contemporaneamente che essa non opera solo quando il titolo disponga diversamente: la presunzione può essere vinta da una *prova* di tipo diverso, non da un *titolo*, che in sé non è un mezzo di prova (benché lo si possa utilizzare sul terreno probatorio)"

determinazione dell'investitura formale della contitolarità del bene, conformandola o modificandola rispetto a quanto emerge dal titolo stesso.

L'«equivoco», a seguire l'argomentare delle Sezioni unite, è ad individuarsi nel convincimento di ritenere che la «presunzione legale» di comunione possa essere vinta (anche) dalla destinazione particolare del bene (oltre che dal titolo), là dove solo quest'ultimo è invece idoneo ad indicare la titolarità singola o comune.

La «relazione di accessorietà» tra il bene principale ed il bene strumentale, l'*interesse*⁸⁶ – sintagma intriso di genetica polisemia – al quale essa di volta in volta si propone di arrecare determinate e specifiche *utilità*, l'*attitudine funzionale* in concreto effettivamente verificata, si compendiano quale *criterio di organizzazione* alla cui stregua determinare la titolarità del bene comune: questo non rinviene in sé stesso l'utilità che riesce a veicolare, ma deve rimettersi inevitabilmente a quella «relazionalità» che ne esprime l'essenza.

All'un tempo, la riferita «relazione» definisce i termini dell'utilità e l'individuazione dell'oggetto del diritto, se è vero che le cose, gli impianti e i servizi di uso comune presentano interesse e formano oggetto del diritto se necessari per l'esistenza e per l'uso, ovvero se destinati all'uso o al servizio delle unità immobiliari. Sarà, pertanto, da ritenersi definitivamente superata quella ricostruzione⁸⁷ che sull'*oggettività* della divisata relazione ha fondato per lungo tempo la dimensione e la comprensione del rapporto pertinenziale, estendendolo anche al condominio.

L'*incipit* del riferito percorso giurisprudenziale può individuarsi in quel consolidato orientamento⁸⁸ che interviene nella ricognizione definitoria ed individuativa della nozione di «suolo su cui sorge l'edificio» recata dall'art. 1117, diretta a spiegare l'estensione linguistica della divisata formula, riferendola allo «spazio» – ed esclusivamente e limitatamente a questo – sul quale si erge il fabbricato, sì come materialmente occupato dal perimetro dell'edificio condominiale (che lo delimita orizzontalmente) oltre alla parte sottostante (che lo delimita verticalmente), precisando che in esso rientra l'area su cui sono infisse le fondazioni e la superficie sulla quale insiste il pavimento del piano terreno (non anche quest'ultimo).

Si acquisisce, per un verso, che l'ambito della disposizione di cui all'art. 1117 (che indica la comunanza del «suolo») non può estendersi oltre l'area che questo finisce per individuare, e, per l'altro, che non si potrà ad essa far ricorso per dimostrare la proprietà comune dello spazio esterno (o adiacente) ovvero del manufatto su di esso realizzato (prima o dopo la costituzione del condominio⁸⁹), pervenendo, altrimenti,

⁸⁶ Inteso quale categoria ermeneutica

⁸⁷ B. Biondi, *I beni*, in *Tratt. dir. civ. it.*, a cura di Vassalli, Torino, 1953, 112

⁸⁸ E che, tuttavia, fatica a rendersi definitivamente pacifico, stanti i ripetuti interventi richiesti alla corte di legittimità. *Ex plurimis*: Cass., 28 aprile 2004, n. 8119; Cass., 19 dicembre 2002, n. 18091, in *Riv. giur. it.*, 2003, I, 913 ss.; in *Notariato*, 2003, 361 ss.; Cass., 26 gennaio 2000, n. 855; Cass., 3 novembre 2000, n. 14350

⁸⁹ Circostanza che emerge espressamente da Cass., 15 aprile 2013, cit., il cui giudizio verteva su una vicenda

ad introdurre un surrettizio ampliamento della presunzione che la ripetuta disposizione veicola all'interno dell'ordinamento giuridico.

Per l'effetto si è recentemente affermato che "la presunzione ex art. 1117 c.c., di comunanza del suolo su cui insiste il fabbricato condominiale, non opera in direzione inversa, nel senso che non si presume comune ogni altro edificio, separato e autonomo, eretto sul medesimo suolo su cui è sorto lo stabile condominiale ... sicché le costruzioni fra loro separate, ancorché erette su suolo originariamente del medesimo proprietario, non soggiacciono alla presunzione di comunanza posta dalla norma"⁹⁰ e, dunque, che "l'originaria appartenenza al medesimo proprietario dell'unico terreno su cui in tempi diversi siano stati costruiti l'edificio condominiale e il fabbricato distinto, non costituisce quest'ultimo come parte del condominio stesso, se ciò non risulta dal relativo titolo di provenienza"⁹¹.

In questo senso conclude anche un'ulteriore pronuncia⁹² che insiste, specificamente, sulla 'separatezza' ed 'autonomia' del manufatto rispetto all'edificio condominiale diviso per piani, ponendo i due requisiti a fondamento dell'esclusione dell'operatività della disposizione di cui all'art. 1117.

Pertanto, l'area adiacente a quella completamente occupata dal fabbricato può assumere il carattere di bene comune in virtù di un titolo diverso da quello di cui alla presunzione dell'art. 1117, sebbene quest'ultima potrà essere richiamata a fondamento della contitolarità qualora si accerti che l'area adiacente subisca la destinazione oggettiva a servizio del condominio, tra cui quella diretta a consentire l'accesso al fabbricato⁹³, il passaggio intorno ad esso⁹⁴, il beneficio dell'aria e della luce alle proprietà singole⁹⁵, l'alloggiamento di dotazioni incrementative del valore della proprietà individuale (giardini, impianti sportivi, parchi giochi per bambini, parcheggi).

La conclusione si lega immediatamente all'altra (comunemente recepita) secondo cui se il trasferimento di proprietà di un appartamento in condominio, per effetto del principio "*accessorium sequitur principale*", comporta anche il trasferimento di quei beni comuni necessari ed essenziali all'esistenza stessa dell'entità condominiale (nel senso che tali parti comuni siano necessarie per l'esistenza del condominio ovvero siano permanentemente destinate all'uso o al godimento comune, o, ancora siano utili per il godimento del bene principale⁹⁶), esso, per ciò stesso, non dovrà

in cui era accertato che la costruzione del manufatto era avvenuta su suolo comune dopo la costituzione del condominio

⁹⁰ Cass., 15 aprile 2013, cit.

⁹¹ Cass., 15 aprile 2013, cit.

⁹² Cass., 21 maggio 2012, cit.

⁹³ Cass., 15 ottobre 1966, n. 2465

⁹⁴ Cass., 27 aprile 1953, n. 1151

⁹⁵ Cass., 18 marzo 1972, n. 828

⁹⁶ Per tutte Cass., 9 giugno 2000, n. 7889, cit.; Cass., 29 maggio 1995, n. 6036, la quale argomenta, altresì, dal divieto di rinuncia di cui all'art. 1118, ora espressamente ribadito e confermato dalla nuova formulazio-

altrettanto improrogabilmente recare sempre e necessariamente (anche) il trasferimento di altri beni, quali aree scoperte esterne, manufatti suscettibili di diversi ed ulteriori godimenti, usufruibili indipendentemente dall'unità abitativa⁹⁷.

Come già rilevato, "l'accertamento in concreto che un determinato spazio adiacente all'edificio in condominio sia o meno pertinenza dell'entità condominiale e appartenga strutturalmente al condominio non può essere fondato semplicemente sull'interpretazione della fattispecie astratta dell'art. 1117, ma occorre effettuare, con riferimento all'epoca di costituzione del condominio, una valutazione dello stato effettivo dei luoghi, dei rapporti strutturali intercorrenti tra i manufatti condominiali e lo spazio adiacente (Cass., 19 febbraio 1973, n. 205), in relazione alla volontà delle parti, che possono aver voluto escludere proprio la presunzione di comunione (Cass., 11 febbraio 1969, n. 463; Cass., 3 luglio 1964, n. 1735), valutazione che costituisce valutazione di fatto, incensurabile in sede di legittimità, se immune da errori logici o giuridici (Cass., 16 aprile 1988, n. 2999; Cass., 19 gennaio 1973, cit.)"⁹⁸.

Emerge, dalla lettura delle sentenze della Corte di Cassazione, sebbene nei due riferiti e distinti orientamenti, una sostanziale coincidenza che trasversalmente li unisce, nel senso che entrambi accedono ad un'impostazione che si rivela di stretta interpretazione delle norme che disciplinano il condominio (specificamente, per quanto qui interessa, dell'art. 1117) a favore di quelle che regolano la proprietà esclusiva; una sorta di interpretazione recessiva delle norme sul condominio a favore di quelle che esaltano l'investitura proprietaria esclusiva.

Trend ermeneutico che si colloca, quindi, su posizioni opposte rispetto a quell'orientamento che la giurisprudenza (e la dottrina) prevalente, fin dai primi anni sessanta⁹⁹, ha ritenuto dapprima di poter condividere, per poi definitivamente accettare¹⁰⁰ nella vicenda

ne: "[i]l singolo condomino ... non può, senza il consenso degli altri condomini, unilateralmente disporre delle parti comuni in modo autonomo ed indipendente da quelle di sua proprietà esclusiva. Pertanto, colui che cede la porzione di piano di sua esclusiva proprietà non può riservare a sé il diritto di comproprietà (quindi l'uso del parcheggio sulla autorimessa comune)"; Cass., 10 gennaio 1990, n. 9.

Resta fortemente discusso, in giurisprudenza, se l'autorimessa sia qualificabile in termini di 'parte comune necessaria' all'esistenza del condominio, intrecciandosi, peraltro, la ricerca della più ragionevole soluzione con tutta la complessa disciplina (composta da un ripetuto susseguirsi di interventi normativi) e le elaborate (e contrastanti) decisioni in tema di parcheggi; infatti, in termini di 'non necessità', con espresso riferimento ad alcuni posti auto ubicati in un cortile condominiale, Cass., 1° marzo 2000, n. 2255, cit. ha modo di concludere nel senso che all'autonomia privata dei contraenti è consentito escludere dal trasferimento dell'appartamento in proprietà esclusiva il posto auto ubicato nel cortile comune, poiché la clausola contrattuale che esclude il trasferimento "appare destinata a perseguire interessi non immeritevoli di tutela"

⁹⁷ Cass., 26 ottobre 2011, n. 22361; Cass., 2 luglio 2004, n. 12128

⁹⁸ R. Triola, *Il condominio*, Milano, 2007, 94; Cass., 16 aprile 1988, n. 2999

⁹⁹ Cass., 11 giugno 1963, n. 1553, in *Foro it.*, 1964, I, 620 ss.; in *Riv. giur. edil.*, 1963, I, 1120 ss.

¹⁰⁰ Cass., 18 aprile 2005, n. 8066; Cass., 5 ottobre 2001, n. 12290, in *Riv. giur. edil.*, 2002, 94 ss.; Cass., 3 ottobre 2003, n. 14791, *Foro it.*, 2004, I, 487 ss.; in *Rass. loc.*, 2004, 190 ss., con nota di M. De Tilla; in *Riv. giur. edil.*, 2004, I, 510 ss., con nota di A. Celeste; Cass., 14 luglio 2000, n. 9355; Cass., 7 luglio 2000,

relativa all'individuazione della disciplina applicabile al c.d. 'supercondominio'¹⁰¹, acquisendo un'interpretazione estensiva (per altri, di natura analogica) dell'art. 1117 (e delle regole condominiali in genere), ora espressamente recepita¹⁰², in termini ampi, dall'art. 1117-bis c.c., al fine di verificare – nei limiti della compatibilità e specificità delle questioni – la conferenza del richiamo alla disciplina del condominio¹⁰³, argomentando essenzialmente in ragione di due criteri: a) quello strutturale del regime della contitolarità del diritto di proprietà sulle parti comuni; b) quello dinamico della registrazione in concreto dell'esistenza del rapporto di funzionalità¹⁰⁴ tra le parti comuni ed i singoli edifici al pari di quella che si verifica, nel condominio, tra esse e le porzioni immobiliari in proprietà esclusiva¹⁰⁵. Senza che questa disciplina implichi una sovrapposizione organizzativa rispetto a quella del singolo edificio condominiale con le sue specifiche parti comuni.

Relazione funzionale tra la parte comune e la proprietà esclusiva che (espressa in termini di 'interesse') si pone come elemento di distinzione della diversa disciplina tra comunione e condominio, là dove alla prima, in cui la contitolarità dei diritti reali adempie alla funzione di assicurare un godimento fine a se stesso, nella misura in cui quell'uso comune ne esprime la destinazione all'un tempo conformandola,

n. 9096, in *Corr. giur.*, 2001, 211; Cass., 8 agosto 1996, n. 7286, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2563 ss.

¹⁰¹ Per la cui costituzione non occorrerà necessariamente un titolo formale dell'autonomia privata, essendo sufficiente una relazione di funzionalità tra alcuni edifici e parti comuni che si esprima in un rapporto di accessorietà: per tutte, Cass., 31 gennaio 2008, n. 2305, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 797 ss. con nota di F. Esposito; in *Riv. not.*, 2008, 863 ss., con nota di G. Musolino; in *Riv. giur. edil.*, 2008, I, 1003 ss. con nota di M. De Tilla; in senso adesivo A. Gambaro, *Il supercondominio*, in *Condominio negli edifici e comunione*, cit., 111 ss.; e per la cui 'variabile' definizione: Cass., 8 agosto 1996, cit.; ma anche, esaustivamente, ancora, A. Gambaro, *Il supercondominio*, cit., 103 ss.; M. Cavallaro, *Il condominio negli edifici*, cit., 44 ss. nonché, per un'analisi alla luce della riforma, A. Gambaro, *Il supercondominio*, in *Tratt. dir. reali*, (2013), cit., 35 ss., il quale sottolinea che "il passaggio dal formante giurisprudenziale alla fonte legislativa non è privo di effetti significativi"

¹⁰² Trattandosi, dunque, di applicazione diretta, né l'inciso "in quanto compatibili" deve "evocare il meccanismo dell'applicazione analogica": A. Gambaro, *Il supercondominio*, in *Tratt. dei diritti reali*, (2013), cit., 36

¹⁰³ Non si può, nondimeno, trascurare, sebbene in ragione di un interesse di completezza della ricerca piuttosto che di un sostanziale e permanente conflitto di interessi, il diverso orientamento giurisprudenziale (Cass., 20 giugno 1989, n. 2923, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, 196 ss., con nota di commento di M. Basile, la quale pur professando astrattamente adesione all'indirizzo dominante per la disciplina del condominio, nel caso concreto applica il regime della comunione; ribadito da Cass., 22 luglio 2005, n. 15357, in tema di individuazione della disciplina delle innovazioni) unitamente a parte della dottrina (T. Galletto, *Il condominio complesso o supercondominio*, in *Problemi delle locazioni e del condominio*, Milano, 1983, 82 ss.) che ha ritenuto di far ricorso, nell'individuazione della regolamentazione del 'supercondominio', alla disciplina generale della comunione

¹⁰⁴ Nel senso di una relazione di accessorietà che leghi le parti comuni alle proprietà esclusive, di guisa che le prime siano dirette a consentire una migliore utilizzazione di queste ultime; sul punto, tra le altre, Cass., 21 dicembre 2007, n. 27145, in *Imm. e propr.*, 2008, 249 s.

¹⁰⁵ Per tutte, Cass., 20 ottobre 1984, n. 5315

Cfr., A. Gambaro, *Il supercondominio*, cit., 109 s. esprime il netto favore per un'interpretazione che fondi principalmente sul titolo dell'autonomia privata l'individuazione del regime dei beni comuni, tra disciplina della comunione e quella del condominio; solo qualora il titolo sia del tutto anodino, si dovrà ricorrere alla disciplina di *default*, vale a dire quella condominiale

l'interesse dei partecipanti esaurendosi nella ricerca dei vantaggi offerti dal bene, autonomamente utile, corrisponde la disciplina del secondo (*id est*: il condominio) che si specifica in ragione del 'nesso concreto ed effettivo' che si registra tra le cose, i servizi, gli impianti comuni e le proprietà singole individuali. Nesso che si rivela biunivocamente necessario e/o strumentalmente utile sia per la stessa esistenza dei diversi piani dell'edificio, sia per la comune destinazione che riunisce tutte quelle parti comuni le quali, nel vincolo di accessorietà, sviluppano la loro funzione ultima, prive di una propria autonoma indipendenza. La specificità, nella seconda vicenda, consiste nella qualità particolare dell'oggetto, poiché i beni in condominio sono indissolubilmente collegati con le unità abitative in proprietà esclusiva.

Emerge, pertanto, evidente come la diversa disciplina si fondi puntualmente sulla differenti utilità che il bene riesce ad offrire ai diversi interessi sottesi alla comunione ed al condominio: utilità, nel primo caso, autonoma; nel secondo, strumentale.

Riflessioni finali

Questa la registrazione dell'orientamento interpretativo fino ad oggi e, quindi, a cinque mesi circa dall'entrata in vigore dell'attesa, quanto sperata (ma già negativamente salutata), riforma del condominio, con la quale si è provveduto alla specifica riformulazione dell'art. 1117 c.c., che ora, al n. 2 del comma 1 espressamente inserisce tra le 'parti comuni' (oltre ai sottotetti per i quali sia praticabile in concreto l'uso comune, così recependo l'orientamento giurisprudenziale¹⁰⁶ che si era frattanto consolidato nelle successive numerose occasioni in cui la Suprema Corte aveva avuto modo di ritornare sulla questione della comunione o esclusività del sottotetto, privilegiando una prospettiva funzionale, su quella strutturale, di per sé anodina) "le aree destinate a parcheggio", recependo un diffuso orientamento giurisprudenziale e senz'altro indicando all'interprete un determinato percorso da seguire, sempreché si convenga stipulativamente sulla ricognizione dei criteri alla cui stregua valutare se uno spazio può funzionalmente qualificarsi come 'area di parcheggio'.

¹⁰⁶ Cass., 17 maggio 2013, n. 12046, secondo cui: "Nel silenzio dei titoli, per decidere della condominialità di un sottotetto, si deve guardare alla concreta prevalenza, rispetto alla funzione di copertura dello stabile condominiale, della concreta destinazione, conferita dall'originario proprietario costruttore, dei volumi in questione ad unità abitative autonomamente fruibili, ancorché ubicate sulla sommità dell'edificio e sottostanti al tetto comune"; Cass., 17 dicembre 2013, n. 28141, in riferimento ad una vicenda sorta in una fase cronologicamente anteriore all'entrata in vigore della novella: "[a] riguardo, [si] osserva che, in mancanza di un titolo che attribuisca la proprietà esclusiva, il sottotetto rientra nel novero dei beni di cui all'art. 1117 c.c., quando è destinato all'uso comune, mentre costituisce pertinenza dell'appartamento dell'ultimo piano nel caso in cui assolva la funzione di isolare e proteggerlo dal caldo, dal freddo e dall'umidità. La mera indicazione del confine, senza alcuna descrizione specifica del bene, era nella specie inidonea ad attribuire ai convenuti la proprietà esclusiva del sottotetto che, secondo quanto accertato dal consulente di parte attrice, non aveva mai assolto la funzione di camera di aria al servizio dell'appartamento dei predetti".

rivista di diritto privato

CACUCCI EDITORE

Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTERESTAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)			
	INDIRIZZO		N. CIVICO	
	CAP	LOCALITÀ	PROV.	
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA)		CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.		FAX	
	INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)		
INDIRIZZO		N. CIVICO		
CAP		LOCALITÀ	PROV.	
ABBONAMENTI	ITALIA		ESTERO	
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2014	<input type="checkbox"/> abbonamento in versione PDF
	€ 135,00	€ 67,50	€ 270,00	€ 67,50

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

Magistrati e Uditori giudiziari

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

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

Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.

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

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

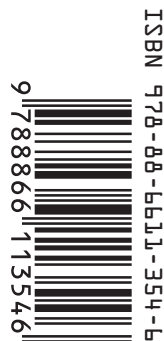
DATA

FIRMA

UN LEGAME INDISSOLUBILE.



Cosa ci lega alla terra in cui nasciamo? La solidità delle nostre radici, per esempio, che ci fanno crescere e guardare sempre a nuovi orizzonti. Così facciamo noi di Banca Carime, instaurando un rapporto fondamentale con il territorio in cui operiamo e sostenendone le iniziative culturali e sociali.



€ 38,00

UBI  **Banca Carime**