



UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA

Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali

# Schemi ragionati di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo

*a cura di*

ANTONIO LEPRE



Edizioni Scientifiche Italiane





UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA

Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali

# Schemi ragionati di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo

*a cura di*

ANTONIO LEPRE



Edizioni Scientifiche Italiane



UNIVERSITÀ EUROPEA DI ROMA

Dipartimento di Scienze Umane  
Ambito di Giurisprudenza  
Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali

LEPRE, Antonio (*a cura di*)  
Schemi ragionati di diritto civile, diritto penale e diritto amministrativo  
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2013  
pp. 528; 24 cm  
ISBN 978-88-495-2614-1

---

© 2013 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.  
80121 Napoli, via Chiatamone 7  
00185 Roma, via dei Taurini 27

**Internet:** [www.edizioniesi.it](http://www.edizioniesi.it)  
**E-mail:** [info@edizioniesi.it](mailto:info@edizioniesi.it)

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

# Indice

<i>Prefazione</i> di Alberto M. Gambino	7
---	---

## DIRITTO CIVILE

Giuseppe Fiengo, <i>La clausola penale</i>	11
Giuseppe Fiengo, <i>La caparra confirmatoria</i>	23
Dora Mazzeo, <i>La risoluzione del contratto: principi generali ed aspetti problematici</i>	33
Luigi Bettini, <i>I contratti in materia di intermediazione finanziaria, in particolare il cosiddetto contratto quadro e gli ordini di acquisto/vendita che seguono ad esso: le ipotesi della loro nullità ed i relativi effetti sulle prestazioni eseguite dai contraenti</i>	49
Antonio Lepre, <i>L'istituto dell'adempimento del terzo e sua configurazione come rapporto trilatero, con particolare riferimento ai rapporti tra debitore e il terzo</i>	63
Marzia Romano, <i>La prescrizione, le cause ostative al decorso della prescrizione e il dies a quo del risarcimento dei danni lungolatenti</i>	71
Stefania Frojo, <i>Il principio di tipicità dei diritti reali e l'istituto della multiproprietà</i>	89
Pasquale Perfetti, <i>L'istituto del patto di famiglia: elementi costitutivi e causa tipica; rapporti con il generale divieto del patto successorio; rimedi impugnatori</i>	101
Luca Caputo, <i>L'istituto dell'assegnazione della casa familiare con particolare riferimento ai suoi rapporti con il contratto di comodato</i>	113
Luca Caputo, <i>L'illecito endofamiliare</i>	125

## DIRITTO PENALE

Luca Della Ragione, <i>Il concorso apparente di norme</i>	137
Dora Tagliaferro, <i>Il principio del ne bis in idem con particolare riferimento alle problematiche di diritto comunitario</i>	155

Ester Molinaro, <i>La successione delle leggi penali nel tempo con riferimento al reato di false comunicazioni sociali</i>	165
Valeria Caravano, <i>La controversa figura dell'agente provocatore</i>	177
Luca Della Ragione, <i>La confisca nel diritto penale</i>	187
Sergio Occhionero, <i>Concetti di matrice civilistica e loro rilievo applicativo nei delitti contro il patrimonio</i>	209
Dora Tagliaferro, <i>La ritrattazione, con particolare riferimento alla sua estensibilità ai concorrenti</i>	225
Roberta Attena-Paola Lombardi, <i>Misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi</i>	239
Raffaella Paesano, <i>Il reato di corruzione e problematiche applicative, con particolare riferimento al reato di corruzione in atti giudiziari</i>	273

#### DIRITTO AMMINISTRATIVO

Edmondo Cacace, <i>Riserva di amministrazione e legge-provvedimento</i>	295
Antonio Arlotta, <i>Associazioni temporanee di impresa «sovrabbondanti» e tutela della concorrenza</i>	305
Marzia Romano, <i>Interruzione del rapporto organico, regime dell'atto amministrativo medio tempore adottato dall'organo carente di investitura e tutela dei terzi coinvolti dal provvedimento</i>	313
Ugo Allocati, <i>Procedura espropriativa condotta in assenza di DPU: patologia, strumenti di tutela, giurisdizione</i>	331
Fabio Iappelli, <i>Autorità amministrative indipendenti: ruolo e funzioni</i>	365
Gaetano Di Martino, <i>L'avvalimento: profili di diritto civile ed amministrativo</i>	381
Sergio Occhionero e Raffealla Paesano, <i>Le informative prefettizie antimafia: nozione e finalità, tipologie e problematiche applicative</i>	443
Tiziana Molinaro, <i>Project financing: tutela giuridica dei concorrenti nella procedura di scelta del promotore</i>	459
Antonio Arlotta, <i>Annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto di appalto: novità normative e interpretazioni giurisprudenziali</i>	469
Gaetano Di Martino, <i>Raggruppamento temporaneo di imprese</i>	481

## Prefazione

Una raccolta di «schemi», utile alla redazione di atti, pareri e temi, merita di ricevere il plauso degli accademici, concentrati ad astrarre dalle fattispecie principi e nozioni per la ridefinizione delle categorie giuridiche, pur quando il legislatore, con tecnica incerta e metodo lacunoso, traccia percorsi normativi frammentari e, talvolta, contraddittori.

Il pregio dell'iniziativa editoriale di Antonio Lepre è quello di rivolgersi a tutti gli operatori del diritto, offrendo uno strumento di approfondimento ad ampio spettro sulle questioni giuridiche di maggiore rilievo e attualità. A ciò si aggiunga che il lavoro ha come obiettivo quello di porsi quale utile supporto didattico per quanti si preparano ai concorsi per uditore giudiziario e notaio ed all'esame di abilitazione per la professione forense.

I commenti raccolti, suddivisi nelle tre aree del diritto civile, penale e amministrativo, danno conto degli istituti giuridici coinvolti nelle tematiche analizzate, e, con analisi critica, offrono una puntuale rassegna di dottrina e giurisprudenza. Così, il profilo applicativo si unisce a quello teorico-dottrinale, con il fine di fornire allo specializzando un quadro esaustivo delle questioni che, perlopiù, sono oggetto di prove concorsuali. In particolare, la raccolta offre una panoramica sulle tecniche redazionali e metodologiche (gli «schemi» appunto), partendo da casi pratici analiticamente affrontati per un proficuo superamento delle prove d'esame.

L'autorevolezza degli autori e l'utilità pratica dell'opera confortano la scelta operata dalla Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali dell'Università Europea di Roma di patrocinare la pubblicazione.

Prof. Avv. ALBERTO M. GAMBINO  
*Direttore S.S.P.L. Università Europea di Roma*

Il curatore desidera esprimere il proprio sentito ringraziamento a tutti gli autori dei contributi nonché alla dott.ssa Luna Garofalo che con entusiasmo e dedizione ha curato gli aspetti redazionali.

# DIRITTO CIVILE



## *La clausola penale*

di Giuseppe Fiengo

### Riferimenti normativi:

art. 1382 c.c. (1° comma: «La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore»; 2° comma: «La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno»)

art. 1383 c.c. («Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo»)

art. 1384 c.c. («La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento»)

Letture consigliate: MARINI, *La clausola penale*, Jovene, 1984; MAZZARESE, *Clausola penale*, in *Commentario al codice civile*, diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, 1999; ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Giuffrè, 1991.

*Abstract: il presente schema ha ad oggetto le principali problematiche in materia di penale convenzionale. Esaminate la struttura e la funzione della clausola penale, si affronteranno i rapporti tra penale, azione di adempimento e azione di risoluzione. Ci si soffermerà sulla riducibilità d'ufficio della penale manifestamente eccessiva (questione particolarmente delicata in quanto parte del più ampio tema del potere di intervento del giudice sul regolamento contrattuale) e sulla vessatorietà della clausola penale (esaminando in particolare la possibilità di ridurre, ai sensi dell'art. 1384 c.c., la penale pattuita tra professionista e consumatore). Infine, si analizzerà la questione, oggetto di rare pronunzie giurisprudenziali e di episodici approfondimenti dottrinari, della computabilità della penale per il ritardo nel tasso soglia in materia di usura.*

### Schema

La clausola penale consiste nella pattuizione mediante la quale le parti di un contratto convengono che, in caso di inadempimento o ritardo, la parte inadempiente è tenuta ad una determinata prestazione, con l'effetto di limitare – indipendentemente dalla prova del danno – il risarcimento alla prestazione promessa, salvo sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.

In base al titolo la *penale convenzionale* va distinta dalla *penale legale* (si pensi, ad esempio, agli interessi moratori dovuti ai sensi dell'art. 1224, co. 1, c.c. o al risarcimento dovuto, in misura non inferiore a cinque mensilità di retribuzione, al lavoratore illegittimamente licenziato ai sensi dell'art. 18, co. 2, L. 20 maggio 1970 n. 300 nella formulazione antecedente la l. 92/12) e dalla *penale giudiziale* (si pensi, ad esempio, all'art. 131, co. 2, d.lgs. 10 febbraio 2005 n. 30).

1) L'analisi della *funzione* della clausola penale – che, inevitabilmente, si ripercuote su ulteriori profili problematici dell'istituto – ha portato all'elaborazione di tre principali tesi.

Prima tesi: *funzione risarcitoria*. Secondo la dottrina e la giurisprudenza maggioritarie la clausola penale, in quanto tesa alla preventiva liquidazione del danno, ha funzione risarcitoria; essa, in particolare, consente una liquidazione del danno più aderente all'apprezzamento soggettivo del creditore<sup>1</sup>, esonerando lo stesso creditore dalla prova dell'esistenza e dell'entità del danno (fermo restando che, nel caso in cui non sia stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore, la penale comporta un vantaggio per il debitore ove risulti pattuita in misura inferiore all'effettiva entità del danno).

Critica: 1) la previsione dell'art. 1382, co. 2, c.c. («La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno») può essere intesa tanto come mancata necessità della prova del danno, quanto come irrilevanza *tout court* del danno; 2) la riduzione giudiziale prevista all'art. 1384 c. c., in quanto guidata dall'equità, conferma che l'entità della penale va rapportata non all'entità del danno (peraltro non esattamente determinabile nel momento della pattuizione), ma all'interesse patrimoniale del creditore all'adempimento.

Seconda tesi: *funzione sanzionatoria*. La clausola penale è una pena privata che ha finalità tanto di prevenzione (costituisce una «pres-

<sup>1</sup> Cass. civ., 21 giugno 1995, n. 6976.

sione» ad adempiere) quanto di punizione (può infatti comportare l'obbligo di pagamento di una somma superiore ai danni subiti, ferma la possibile riduzione ai sensi dell'art. 1384 c.c.).

Critica: 1) l'obbligo di pagamento della penale sussiste, secondo opinione minoritaria, anche quando l'inadempimento è incolpevole (quando, cioè, non c'è condotta sanzionabile).

Terza tesi: *funzione mista*. La teoria risarcitoria e quella sanzionatoria assumono a funzione esclusiva della penale quello che è, in realtà, solo uno degli effetti tipici che, in astratto, la clausola può realizzare. Solo a fronte del concreto inadempimento è possibile verificare se la clausola ha funzione (meramente) risarcitoria o funzione afflittiva.

2) La diversa ricostruzione della funzione della clausola penale ha importanti conseguenze in ordine alla *struttura* della clausola stessa (del resto, con riferimento a tutti gli atti giuridici, è ravvisabile una reciproca interdipendenza tra funzione e struttura). In proposito sono state elaborate le seguenti tesi:

Negozio autonomo. Secondo dottrina e giurisprudenza assolutamente minoritarie la clausola penale è un negozio autonomo, pur se accessorio ad un diverso negozio principale. Tanto deriva dall'adesione alla tesi che prospetta una funzione rigorosamente sanzionatoria della clausola penale; la consequenziale individuazione di una funzione economico-sociale, di una causa autonoma della penale porta a considerare tale clausola come autonoma rispetto al contratto cui accede.

Critica: 1) non viene adeguatamente valorizzata la stretta connessione tra clausola e contratto; 2) la tesi contrasta con la lettera della legge (artt. 1383, 1384 c.c.).

Elemento accidentale del negozio. Dottrina e giurisprudenza assolutamente maggioritarie rinvengono nella penale un patto accessorio al contratto con funzione di rafforzamento –mediante una pena privata– del vincolo contrattuale e di preventiva forfettaria liquidazione del danno per ritardo o inadempimento. Tale tesi è argomentata sulla base della lettera della legge (l'art. 1383 c.c. fa riferimento alla «prestazione principale» e l'art. 1384 c.c. all'«obbligazione principale») e della mancata individuazione di una causa autonoma della penale. L'accessorietà della clausola comporta, secondo la regola generale, che l'invalidità dell'accordo principale

travolge la penale e che le vicende dell'obbligazione principale sono destinate a ripercuotersi sull'obbligazione assunta con la penale; in questo senso, ad esempio, la giurisprudenza esclude l'esigibilità della penale quando l'inadempimento della parte tenuta alla prestazione dedotta nella penale è giustificato dall'*exceptio inadimpleti contractus*<sup>2</sup> o quando è prescritto il diritto di credito in ordine alla prestazione principale<sup>3</sup>.

3) La penale può essere pattuita per l'inadempimento ovvero per il ritardo nell'adempimento, ferma la possibilità del concorso, nello stesso contratto, di due diverse penali, una per l'inadempimento e l'altra per il mero ritardo.

Tanto l'inadempimento quanto il ritardo devono, secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie, essere *imputabili*; il patto con il quale si pone una prestazione a carico del debitore nel caso di inadempimento non imputabile non può infatti qualificarsi clausola penale, ma clausola di assunzione del rischio.

Se la penale è pattuita per l'inadempimento il creditore della prestazione inadempita può:

chiedere l'adempimento dell'obbligazione principale. Tanto risulta dallo stesso articolo 1383 c.c.; né la parte inadempiente potrebbe liberarsi offrendo la penale (poiché non è ravvisabile, in favore del debitore, un'obbligazione con facoltà alternativa, tanto è vero, tra l'altro, che l'inadempimento non imputabile comporta estinzione definitiva dell'obbligazione risultando esclusa la possibilità, per il creditore, di domandare la penale).

Domandata la penale è successivamente possibile agire per l'adempimento?

Tesi positiva. Come risulta dall'art. 1453, co. 2, c.c. (che esclude espressamente la possibilità di agire per l'adempimento a fronte della già proposta domanda di risoluzione), l'efficacia preclusiva di una domanda rispetto ad altra deve essere espressamente prevista. Non essendo, nel caso della penale, richiamato l'art. 1453, co. 2, c.c., la possibilità, richiesta la penale, di agire per l'adempimento deve ritenersi preclusa solo per effetto della già avvenuta esecuzione della prestazione dedotta nella penale.

<sup>2</sup> Cass. civ., 30 gennaio 1995, n. 1097.

<sup>3</sup> Cass. civ., 26 settembre 2005, n. 18779.

Tesi negativa. Gli articoli 1453 e 1383 c.c. hanno una comune *ratio*. L'art. 1453, co. 2, c.c., infatti, si giustifica considerando che la parte che domanda la risoluzione implicitamente dichiara di non avere più interesse alla esecuzione del contratto e legittima la dismissione – da parte del debitore – dell'attività necessaria all'adempimento; ne discende che una successiva domanda di adempimento potrebbe irragionevolmente pregiudicare la posizione del debitore. Anche la domanda della penale implicando la mancanza di interesse alla prestazione principale, legittima il debitore a privarsi dei mezzi necessari all'adempimento e, conseguentemente, preclude la successiva domanda di adempimento.

Non vi sono invece dubbi in ordine alla possibilità;

- i) richiesto l'adempimento, di domandare successivamente la penale;
- ii) domandare la penale eventualmente agendo anche per la risoluzione. La risoluzione deve ritenersi compatibile con la penale; i due rimedi operano infatti su piani differenti essendo la risoluzione lo strumento attraverso il quale recuperare la prestazione adempiuta e sciogliere un rapporto contrattuale non più corrispondente all'interesse del creditore;
- iii) agire per la penale e, solo in caso di espressa previsione in tal senso, per il risarcimento del danno ulteriore (da provare secondo le regole ordinarie);

Una dottrina isolata ritiene che dovrebbe sempre ammettersi la possibilità per il creditore di chiedere, in luogo della penale, la liquidazione giudiziale dei danni; ciò perché la penale non può comportare pregiudizio per la parte (il creditore) in favore della quale è pattuita (pregiudizio che sussisterebbe nel caso di penale di entità inferiore al danno risarcibile). Secondo questa dottrina anche alla penale sarebbe in altri termini applicabile l'art. 1385, co. 3, c.c. che, in via generalizzata, attribuisce alla parte non inadempiente la possibilità di conseguire – rispettati i principi generali in materia di onere della prova – l'integrale risarcimento del danno.

Critiche: 1) clausola penale e caparra hanno funzioni differenti come è confermato, del resto, dalla possibilità di pattuizione di entrambe per il medesimo rapporto; 2) la stipulazione della mera clausola penale impedisce il sorgere dell'obbligazione risarcitoria, residuando in capo al creditore solo il diritto alla prestazione convenuta per l'inadempimento; 3) ammettere la possibilità generalizzata di domandare il risarcimento integrale del danno è in contrasto con la

lettera dell'art. 1382 c.c. secondo la quale la penale ha l'effetto di limitare il risarcimento del danno alla prestazione promessa «se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore».

Se la penale è stipulata per il solo ritardo il creditore, come espressamente previsto all'art. 1383 c.c., può domandare insieme la prestazione principale e la penale. Se al ritardo segue l'inadempimento il creditore può chiedere sia la penale per il ritardo sia quella (eventualmente pattuita) per l'inadempimento, ovvero (ove non sia stata convenuta la penale per l'inadempimento o sia stata stipulata la penale per l'inadempimento con pattuizione della risarcibilità del danno ulteriore) può chiedere la penale per il ritardo e il risarcimento del danno per l'inadempimento purché si tratti di danno ulteriore e diverso da quello coperto dalla penale per il ritardo.

4) *L'entità* della penale deve essere convenuta in modo da non risultare irrisoria (poiché la clausola sarebbe nulla ai sensi dell'art. 1229 c.c.) o manifestamente eccessiva; in tale ultima ipotesi la clausola può essere ridotta, ai sensi dell'art. 1384 c.c. dal giudice. Ferma la riducibilità della penale a fronte di domanda di parte, deve rilevarsi come assai discussa sia stata la possibilità di *riduzione d'ufficio* della penale da parte del giudice; a riguardo si è registrato un contrasto di indirizzi composto, in giurisprudenza, da Cass. Civ. Sez. Un. 13 settembre 2005, n. 18128 con una soluzione salutata da alcuni come conferma ulteriore del potere del giudice di intervento sul regolamento contrattuale al fine di assicurare (anche) il rispetto di principi costituzionali e da altri criticata in quanto espressione di un paternalismo giudiziale non conciliabile con la libera esplicazione dell'autonomia privata. Sulla questione sono state elaborate le seguenti tesi:

riducibilità solo su domanda di parte. Dottrina e giurisprudenza tradizionali hanno sostenuto che, in mancanza di un'espressa previsione di legge, il giudice non può ridurre d'ufficio la penale per i seguenti motivi: a) l'iniziativa officiosa del giudice sarebbe in contrasto con il generale principio dispositivo sancito all'art. 112 c.p.c. (secondo il quale «Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa»); b) la riduzione della penale è prevista a tutela di specifici interessi del debitore al quale solo, pertanto, va rimessa la valutazione in ordine alla sproporzione (genetica o funzionale) della penale convenuta e, quindi, l'iniziativa – nell'esercizio del proprio diritto di difesa – in ordine alla richiesta di riduzione; c) nell'esercizio dei poteri equitativi alla stre-

gua dei quali determinare l'oggetto dell'obbligazione, il giudice dispone solo degli elementi forniti dalle parti.

riducibilità anche d'ufficio. Gli argomenti sopra indicati sono stati così confutati da una parte della dottrina e della giurisprudenza: a) l'art. 112 c.p.c. prevede anche che il giudice «non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». La questione della riducibilità della penale non va risolta, quindi, sulla base dell'art. 112 c.p.c., ma, a monte, valutando se la riduzione della penale sia oggetto di eccezione proponibile solo dal debitore o, anche, rilevabile dal giudice; b) nel valutare la manifesta, eccessiva entità della penale il giudice deve considerare non solo (e tanto) la specifica tutela degli interessi del debitore, ma, anche, interessi generali (se, in particolare, il legislatore amplia i poteri dell'autonomia privata, consentendo la pattuizione di una pena privata, deve ritenersi che lo stesso legislatore, simmetricamente, ampli anche i poteri di controllo del giudice sulle modalità di estrinsecazione – tanto nella fase genetica quanto in quella funzionale – dell'autonomia privata al fine di preservare l'equilibrio della contrattazione); c) la mancata allegazione dell'eccessiva entità della penale si riflette – in termini puramente fattuali – sull'accertamento dell'esistenza delle condizioni per la riduzione della penale, ma non sull'esercizio d'ufficio del potere contemplato all'art. 1384 c.c.

La riducibilità della penale è stata inoltre sostenuta sulla base della progressiva costituzionalizzazione del diritto privato (soprattutto alla luce di istanze di solidarietà nei rapporti intersoggettivi) e dell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie da valutare unitamente ai principi di buona fede oggettiva e di correttezza.

Cass. Civ. Sez. Un. 13 settembre 2005, n. 18128: la penale è riducibile d'ufficio. Le Sezioni unite, preliminarmente, contestano gli argomenti tradizionalmente addotti a sostegno della riducibilità solo su domanda di parte, osservando che: a) la riduzione d'ufficio della penale non viola il limite derivante dalla prima proposizione dell'art. 112 c.p.c. (secondo il quale il giudice non può condannare il debitore al pagamento di una somma superiore a quella richiesta dal creditore, ma può condannarlo al pagamento di una somma inferiore). Inoltre, a differenza di quanto previsto da altre disposizioni di legge (ad esempio, gli artt. 1242, 1442 e 1449 c.c.), l'art. 1384 c.c. non richiede, ai fini della riduzione della penale, l'eccezione di parte; ne deriva, avuto riguardo anche alla seconda

parte dell'art. 112 c.p.c., che la riduzione officiosa della penale non viola il principio dispositivo; b) l'argomento secondo il quale la riduzione della penale è prevista a tutela di specifici interessi del debitore (al quale, quindi, deve esser rimessa la valutazione dell'eccessività della penale) non solo si fonda su un dato non dimostrato, ma, anche, è contraddetto dallo stesso art. 1384 c.c. secondo il quale la penale «può», ma non «deve» essere ridotta avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento; ne deriva che non esiste un diritto del debitore alla riduzione della penale e che, ai fini dell'esercizio del potere assegnatogli dall'art. 1384 c.c., il giudice deve avere riguardo solo allo squilibrio tra le posizioni delle parti (avendo il riferimento all'interesse del creditore la sola funzione di indicare il parametro attraverso il quale valutare se la penale sia manifestamente eccessiva o meno); c) la mancata allegazione dell'eccessività della penale rileva sul piano fattuale dell'accertamento delle condizioni per la riduzione della penale, non sull'esercizio officioso del potere del giudice. A sostegno della riducibilità della penale le Sezioni Unite pongono poi i seguenti argomenti: d) la disciplina in materia di clausola penale esplicita un generale potere di controllo giudiziale in ordine al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento da parte dei privati. Gli artt. 1382 ss. c.c. sono indice dell'ampliamento dell'autonomia privata in un campo ordinariamente riservato alla disciplina positiva<sup>4</sup>; tale ampliamento è stato bilanciato dallo spostamento del controllo giudiziale sull'autonomia privata dalla fase formativa dell'accordo – ritenuto comunque valido – alla sua fase attuativa. Tale potere è concesso «in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità» e «appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte

<sup>4</sup> Cass. Civ. Sez. Un. 13 settembre 2005, n. 18128 osserva come nel disciplinare la clausola penale «la legge ha ampliato il campo normalmente riservato all'autonomia delle parti, prevedendo per esse la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (se si vuole privilegiare l'aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore dal fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (se se ne vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio, di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private».

venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma».

5) La clausola penale ha natura vessatoria?

Con riferimento alla disciplina dell'art. 1341 c.c. sono state sostenute due tesi:

Tesi negativa. Secondo giurisprudenza maggioritaria e parte della dottrina la clausola penale, consistendo in una anticipata liquidazione del danno, non è vessatoria e per essa non occorre, quindi, la specifica approvazione richiesta all'art. 1341, co. 2, c.c. Del resto, rimane ferma la possibilità, per il debitore, di domandare la riduzione della penale ai sensi dell'art. 1384 c.c.

Tesi positiva. In caso di penale a carico dell'aderente, la vessatorietà della penale ben emerge ove si consideri che tale clausola – escludendo la prova dell'inesistenza del danno – comporta una limitazione alla facoltà di opporre eccezioni. In caso, invece, di penale che ponga a carico del predisponente una prestazione risarcitoria in misura ridotta rispetto al danno prevedibile, la clausola sarebbe vessatoria in quanto clausola di limitazione della responsabilità.

Il codice del consumo pone una presunzione relativa di vessatorietà delle clausole che hanno per oggetto o per effetto di «imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo»(art. 33, lett. f, d.lgs. 6 settembre 2005 n. 206).

Il potere di riduzione della penale ex art. 1384 c.c. è esercitabile anche con riferimento alla penale pattuita nel contratto tra professionista e consumatore?

Atteso che l'art. 33, co. 2, lett. f, del codice del consumo prevede che, sino a prova contraria, si presumono vessatorie le clausole che impongono al consumatore, in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento il pagamento di una somma di denaro a titolo di clausola penale d'importo «manifestamente eccessivo» e che l'art. 34, co. 4, d.lgs. n. 6 settembre 2005, n. 206, esclude la vessatorietà della clausola e degli elementi di clausola che siano stati oggetto di trattativa individuale, occorre distinguere due ipotesi:

La clausola non è stata oggetto di trattativa individuale: la clau-

sola penale è nulla ferma la validità del contratto (art. 36, co. 1, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206). La nullità della clausola preclude l'intervento del giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c. (intervento che, per pacifica giurisprudenza, è esercitabile sul presupposto che la clausola sia valida ed efficace); il danno è risarcibile secondo i principi generali, con conseguente aggravamento, in particolare, degli oneri probatori. In dottrina si è osservato come non necessariamente la nullità della clausola penale, anziché la sua riduzione, sia preferibile per il consumatore; la nullità della clausola e la conseguente applicazione delle regole ordinarie in materia di risarcimento del danno potrebbe infatti comportare per il consumatore l'obbligo di pagare una somma più elevata di quella oggetto di penale.

La clausola è stata oggetto di trattativa individuale: esclusa la vessatorietà della clausola, residua la possibilità di un intervento del giudice ai sensi dell'art. 1384 c.c.

6) La penale pattuita per il ritardo è computabile nel tasso soglia previsto in materia di usura? Sulla questione – espressione del più ampio tema relativo alla possibilità che la sproporzione tra le prestazioni di un contratto di mutuo derivi non (come normalmente accade) dalla misura degli interessi pattuiti, ma da fattori diversi, quali, ad esempio, spese, costi ed oneri non sempre facilmente conoscibili dal mutuatario – sono state sostenute le seguenti tesi:

Tesi positiva. Premesso che la pattuizione di interessi moratori convenzionali deve considerarsi penale per il ritardo e richiamata quella dottrina che riconduce ad unità la categoria degli interessi, avuto riguardo alla funzione «*reintegrativa*» propria tanto degli interessi corrispettivi, quanto di quelli moratori, si è sostenuto che anche la penale per il ritardo deve essere valutata per verificare l'usurarietà della prestazione dovuta. Tale soluzione sembra inoltre confermata dalla L. 28 febbraio 2001, n. 24 (di conversione del d.l. 29 dicembre 2000, n. 394, «concernente interpretazione autentica della L. 7 marzo 1996, n. 108») che, all'art. 1, co. 1, prevede come devono considerarsi usurari gli interessi che superano il tasso soglia nel momento in cui sono promessi o comunque convenuti, «a qualunque titolo», indipendentemente dal momento del loro pagamento.

Tesi negativa. Tale tesi è sostenuta valorizzando la differenza funzionale tra interessi corrispettivi ed interessi moratori; la pattui-

zione di interessi moratori, in particolare, è infatti destinata ad assicurare il risarcimento non solo del danno emergente, ma, anche, del lucro cessante. Ne deriva, anche ai fini della disciplina in materia di usura, la non equiparabilità tra interessi corrispettivi e moratori. Nello stesso senso si è inoltre osservato come l'art. 644, co. 1, c.p. fa riferimento agli interessi usurari come a quelli pattuiti «in corrispettivo» di una prestazione di denaro o di altra utilità. Infine, partendo dal rilievo per il quale l'usurarietà della pattuizione deve essere valutata nel momento in cui gli interessi sono promessi o comunque convenuti (art. 1, co. 1, L. 28 febbraio 2001, n. 24) e non al momento del pagamento, si è sostenuto che l'art. 1815, co. 2, c.c. farebbe riferimento ai soli interessi aventi titolo *direttamente* nel contratto di mutuo; tali, si prosegue, non possono considerarsi gli interessi moratori i quali, pur se pattuiti *ab origine*, attengono ad un momento (l'inadempimento) diverso, successivo e solo eventuale rispetto al contratto.



## *La caparra confirmatoria*

di Giuseppe Fiengo

### Riferimenti normativi:

art. 1385 c.c. (1° comma: «Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta»; 2° comma: «Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra»; 3° comma: «Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali»)

art. 1386 c.c. (1° comma: «Se nel contratto è stipulato il diritto di recesso per una o per entrambe le parti, la caparra ha la sola funzione di corrispettivo del recesso»; 2° comma: «In questo caso, il recedente perde la caparra data o deve restituire il doppio di quella che ha ricevuta»)

Letture consigliate: MARINI, *Caparra I) Diritto civile*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, V, Roma, 1988; ROSELLI, *Clausola penale e caparra*, in *Il contratto in generale*, XIII, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Bessone, Giappichelli, 2002; TRIMARCHI, *Caparra (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VI, Giuffrè, 1960.

Abstract: *il presente schema ha ad oggetto le principali problematiche in materia di caparra confirmatoria. Esaminate la funzione e la struttura di tale pattuizione, si analizzeranno le facoltà assegnate alla parte diligente a fronte dell'altrui inadempimento ed i delicati rapporti tra i diversi rimedi previsti in favore del contraente non inadempiente. Da ultimo si esamineranno le differenze tra caparra confirmatoria, caparra penitenziale, multa penitenziale e clausola penale.*

## Schema

La caparra confirmatoria è il negozio giuridico accessorio mediante il quale una parte (*tradens*) versa all'altra (*accipiens*) una somma di denaro o una quantità di altre cose fungibili al momento della conclusione del contratto principale al fine di rafforzare tale contratto.

1) La caparra confirmatoria è, in astratto, destinata a svolgere *funzioni* differenti a seconda delle (eventuali) fasi del rapporto contrattuale. In particolare, è possibile rinvenire le seguenti funzioni:

*funzione probatoria.* A prescindere dalle sorti del rapporto contrattuale, la caparra – non a caso definita «confirmatoria» – svolge tradizionalmente una funzione di prova del contratto principale. Tale funzione deriva dalla realtà (il versamento di una somma di denaro o di una quantità di altre cose fungibili – in cui consiste la caparra – agevola la prova del negozio accessorio) e dall'accessorietà (la pattuizione della caparra fa presumere la conclusione del contratto principale) della caparra.

*funzione di tutela della parte non inadempiente.* La funzione principale della caparra confirmatoria è quella di tutela della parte non inadempiente. In particolare, come risulta dall'art. 1385, co. 2, c.c., alla parte diligente viene assicurata una duplice tutela stragiudiziale: la parte, infatti, non solo può, a fronte dell'altrui inadempimento, sciogliere in via unilaterale ed immediata il contratto attraverso l'esercizio del recesso, ma, anche, avvalersi della preventiva e forfettaria liquidazione del danno insita nella caparra senza dover assolvere all'ordinario onere della prova con riferimento all'esistenza ed all'entità del danno. Non a caso la migliore dottrina annovera la caparra confirmatoria tra gli strumenti di autotutela privata e, in particolare, tra i mezzi di autotutela consensuale (in contrapposizione all'autotutela unilaterale contemplata, ad esempio, all'art. 2794, co. 2, c.c.).

Come per la clausola penale, anche con riferimento alla caparra confirmatoria una parte della dottrina ravvisa una funzione sanzionatoria e non risarcitoria, atteso che l'incameramento della caparra o il versamento del doppio della stessa prescindono dall'accertamento dell'effettiva esistenza ed entità del danno. Nel confermare la funzione risarcitoria, altra dottrina osserva invece come l'irrelevanza dell'effettiva consistenza del danno deriva non dalla finalità affittiva dell'istituto, ma dalla natura forfettaria del risarcimento pattuito.

*funzione di garanzia.* Come espressamente previsto all'art. 1385, co. 3, c.c. la caparra confirmatoria non preclude alla parte diligente la possibilità di domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto oltre al risarcimento del danno secondo le ordinarie regole. Secondo la giurisprudenza e una parte della dottrina, ove della facoltà contemplata all'art. 1385, co. 3, c.c. si avvalga, quale parte diligente, l'*accipiens*, la caparra svolge una funzione di garanzia del conseguimento (quanto meno parziale) effettivo del risarcimento del danno giudizialmente liquidato; l'*accipiens*, secondo tale indirizzo, può infatti ritenere la caparra sino all'esito del giudizio per la determinazione del danno da inadempimento (ove la domanda risarcitoria sia accolta la caparra oggetto di ritenzione sarà compensata con il credito risarcitorio, ove invece la domanda sia rigettata, la caparra andrà restituita). Tale soluzione è argomentata alla luce della relazione al codice civile e della funzione di rafforzamento della posizione della parte non inadempiente che, in generale, è propria della caparra confirmatoria.

Secondo altro indirizzo, non essendo il diritto di ritenzione della caparra espressamente contemplato dal legislatore, l'*accipiens* che agisca ai sensi dell'art. 1385, co. 3, c.c. è tenuto alla immediata restituzione della caparra ovvero, ove non vi provveda, al pagamento degli interessi di mora.

*funzione di anticipo della prestazione.* In caso di attuazione non patologica del rapporto contrattuale la caparra confirmatoria può essere imputata alla prestazione dovuta, svolgendo la funzione di esecuzione anticipata e parziale del contratto (al pari di un acconto).

2) Sotto il profilo della *struttura* la caparra confirmatoria si configura come:

*negozio giuridico bilaterale e patrimoniale.* In quanto tale, la caparra è un vero e proprio contratto (accessorio rispetto a quello principale), anche se, più frequentemente, viene configurata dalle parti come clausola del contratto principale.

È configurabile una caparra confirmatoria unilaterale (una caparra cioè che svolga le funzioni che la caratterizzano solo in favore di una parte, residuando in favore dell'altra i rimedi ordinari)?

Tesi positiva. Le parti possono pattuire una caparra unilaterale, anche se solo in favore dell'*accipiens* (una caparra confirmatoria uni-

laterale in favore del *tradens* sarebbe priva di causa in quanto non avrebbe funzione di anticipo – se non in favore dell'*accipiens* – né di garanzia per il risarcimento dei danni giudizialmente liquidati – poiché il *tradens* non avrebbe alcuna somma o quantità di altre cose fungibili da compensare con il proprio credito risarcitorio –). L'ammissibilità di tale clausola sarebbe confermata dal codice del consumo che, all'art. 33, co. 2, lett. e) presume la vessatorietà della clausola che ha per oggetto o per effetto di «consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere».

Tesi negativa. Ferma la nullità – per difetto di causa – di tale pattuizione la stessa, per effetto dell'art. 1424 c.c.- potrebbe essere convertita in un negozio complesso caratterizzato dalla pattuizione di un diritto di recesso per giusta causa e da una clausola penale anticipatamente versata a titolo di cauzione.

*Contratto reale* in quanto si perfeziona con la materiale consegna della somma di denaro o di altra quantità di cose fungibili

*Contratto ad effetti reali* in quanto determina il trasferimento della proprietà del denaro o della altre cose fungibili consegnate.

3) La funzione eclettica della caparra impone di valutare le modalità di funzionamento dell'istituto in relazione alle possibili vicende del contratto principale. Occorre in particolare distinguere le seguenti ipotesi:

*Invalidità o inefficacia del contratto principale.* Attesa la natura accessoria della pattuizione, il venir meno del contratto principale impone la restituzione al *tradens* della caparra prestata (ormai) *sine titulo*. Tale restituzione si giustifica, pertanto, in base alla disciplina in materia di indebito; deve escludersi, invece, che la parte possa pretendere la caparra (o il doppio di essa) quale risarcimento del danno consistente nell'aver confidato incolpevolmente nella validità del contratto. La funzione risarcitoria della caparra è infatti ravvisabile solo a fronte di un inadempimento al quale segua il recesso della parte diligente, mentre in caso di invalidità o inefficacia del contratto non è ravvisabile un inadempimento. Per lo stesso motivo, la caparra prestata al *falsus procurator* (l'operato del quale non sia stato oggetto di ratifica) andrà restituita in quanto inde-

bita; deve tuttavia escludersi che il *falsus procurator* sia tenuto alla restituzione del doppio della caparra ricevuta, poiché il *falsus procurator* non risponde dell'inadempimento contrattuale, «essendosi in presenza di una responsabilità di carattere extracontrattuale»<sup>1</sup>;

*Adempimento del contratto.* In tale ipotesi la caparra, stante l'inequivoca formulazione dell'art. 1385, co. 1, c.c., deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta;

*Inadempimento del contratto: recesso e ritenzione della caparra.* La principale funzione della caparra consiste nella tutela della parte diligente che, a fronte dell'altrui inadempimento, può recedere dal contratto trattenendo la caparra (art. 1385, co. 2, c.c.), chiedere l'esecuzione del contratto o, infine, agire per la risoluzione conseguendo il risarcimento del danno secondo le regole ordinarie (art. 1385, co. 3, c.c.). Ferma la necessità di un inadempimento imputabile (in assenza del quale deve ravvisarsi la risoluzione per sopravvenuta impossibilità), *si discute se, ai fini dell'art. 1385, co. 2, c.c. sia necessario un inadempimento grave.* A riguardo occorre distinguere due posizioni:

*Tesi negativa.* Secondo dottrina e giurisprudenza minoritarie ai fini dell'art. 1385, co. 2, c.c. è sufficiente un inadempimento lieve. L'art. 1385 c.c., infatti, fa riferimento solo alla parte inadempiente ed alla parte non inadempiente, non richiamando in modo espresso l'art. 1455 c.c.; la ritenzione della caparra a fronte di un inadempimento lieve, inoltre, ben è compatibile (e, anzi, si spiega) con la funzione (anche) sanzionatoria da assegnare alla caparra.

*Tesi positiva.* L'orientamento assolutamente maggioritario in dottrina e giurisprudenza ritiene invece necessario, anche ai fini dell'art. 1385, co. 2, c.c., un inadempimento grave. In questo senso si osserva, innanzi tutto, come il recesso disciplinato all'art. 1385, co. 2, c.c. è una speciale forma di risoluzione per giusta causa del contratto; ne deriva l'applicazione, anche in caso di caparra, dell'art. 1455 c.c. Ancora, ammettere il recesso a fronte di un inadempimento di lieve entità equivarrebbe a negare quella funzione di rafforzamento del vincolo contrattuale che, invece, è propria della caparra (la parte potrebbe infatti sciogliersi dal contratto anche a fronte di inadempimenti di scarso rilievo avuto riguardo all'interesse dei contraenti). Infine, atteso che a fronte dell'inadempimento la parte diligente può, alternativamente, recedere ai sensi

<sup>1</sup> Cass. civ., 6 dicembre 1996, n. 10882.

dell'art. 1385, co. 2, c.c., ovvero agire per la risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 1385, co. 3, c.c., deve ritenersi che ai fini del recesso sia necessario un inadempimento avente tutti i caratteri dell'inadempimento rilevante ai fini della risoluzione del contratto.

È tuttavia possibile che le parti attribuiscono convenzionalmente la facoltà di recesso a fronte di specifiche ipotesi di inadempimento lieve; parte della giurisprudenza di merito qualifica tale pattuizione quale clausola risolutiva espressa cui si accompagna una clausola penale.

*Inadempimento del contratto: azione di adempimento o di risoluzione del contratto.* In alternativa al recesso disciplinato all'art. 1385, co. 2, c.c. la parte diligente può domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto. In tali ipotesi, prevede espressamente l'art. 1385, co. 3, c.c., il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali. La possibilità di agire per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno è ammessa al fine di evitare che la preventiva e forfettaria liquidazione del danno (pattuita con la caparra) finisca, lungi dal rafforzare la posizione creditoria, con il comportare pregiudizio per la parte diligente.

*Nel caso in cui la parte non inadempiente agisca per la risoluzione del contratto ed il risarcimento del danno la caparra costituisce comunque misura minima del risarcimento dovuto?* In proposito sono state sostenute le seguenti tesi:

*Tesi positiva.* Dottrina e giurisprudenza minoritarie ritengono che, anche ove la parte opti per la risoluzione del contratto, la caparra costituisca misura minima del danno risarcibile. Ammettere la soluzione contraria, imporrebbe una lettura riduttiva dell'art. 1385, co. 3, c.c. che sarebbe svuotato di pratico significato poiché difficilmente la parte diligente si esporrebbe all'onere della prova di un danno pari almeno a quello risarcito preventivamente mediante la caparra e finirebbe quasi sempre con l'optare per il recesso. Secondo tale tesi i rimedi di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 1385 c.c. non sono in rapporto di alternatività pura, ma di complementarietà e cumulatività sì che «la parte che opta per il recesso perde la possibilità della liquidazione di ogni danno ulteriore (limitazione giustificata dalla celerità del rimedio risarcitorio), mentre la parte che opta per la risoluzione avrà la possibilità, ma anche l'onere di dimostrare – secondo le regole ordinarie – i danni che superano l'ammontare della caparra (...) fermo restando che tale ultima

somma costituirà comunque il danno minimo risarcibile, al di sotto del quale non è dato scendere»<sup>2</sup>;

*Tesi negativa.* L'indirizzo maggioritario esclude che la caparra costituisca comunque misura minima del risarcimento da accordare alla parte non inadempiente. Tanto discende, innanzi tutto, dalla lettera dell'art. 1385, co. 3, c.c. ai sensi del quale, ove la parte domandi la risoluzione, «il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali». Del resto la formulazione della norma è chiara nel senso di consentire alla parte non il risarcimento del «danno ulteriore» (come previsto, in materia di penale, all'art. 1382 c.c.), ma il risarcimento del danno effettivamente subito (che andrà quindi, secondo i principi generali, provato dal creditore nell'*an* e nel *quantum*). Secondo tale indirizzo – fatto proprio anche da Cass. Civ. Sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553 – rinvenire nella caparra la misura minima del risarcimento da accordare alla parte che abbia optato per la facoltà di cui all'art. 1385, co. 3, c.c. equivale a prospettare una indebita commistione tra la risarcibilità del danno ulteriore ammessa – a fronte di espressa pattuizione – per la clausola penale e la caparra confirmatoria.

Resta tuttavia ferma la possibilità per le parti, nell'esercizio della propria autonomia contrattuale, di individuare nella caparra la misura minima del risarcimento, ferma la risarcibilità del maggior danno; tale pattuizione andrebbe qualificata come negozio complesso caratterizzato dalla combinazione di una caparra e di una clausola penale con patto di risarcibilità del maggior danno versata anticipatamente a titolo di cauzione.

4) *Questione parzialmente legata a quella appena esaminata concerne la possibilità, per la parte diligente, di avvalersi di uno dei rimedi assegnati dal legislatore dopo averne azionato altro.* Occorre a riguardo distinguere le seguenti ipotesi:

*La parte diligente opta per il recesso ai sensi dell'art. 1385, co. 2, c.c.* Va esclusa la possibilità di domandare l'adempimento atteso che, per effetto del recesso, il contratto è già estinto;

*La parte non inadempiente richiede l'esecuzione del contratto.* In tal caso, ove non muti l'inadempimento originariamente allegato (poiché sarebbe altrimenti violato il divieto di *mutatio libelli*) è

<sup>2</sup> Trib. Monza, sez. dist., Desio, 3 novembre 2000.

possibile – così come previsto, in generale, dall'art. 1453, co. 2, c.c. – recedere trattenendo la caparra (o il doppio di essa);

*La parte inadempiente agisce per la risoluzione giudiziale.* È discusso se, in tale ipotesi, sia possibile optare, successivamente, per il recesso.

*Tesi positiva.* Parte della giurisprudenza (anche successiva a Cass. Civ. Sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553) ammette, pur a fronte dell'originario esercizio dell'azione di esecuzione o di risoluzione del contratto, l'esercizio del recesso, «poiché tale modificazione delle istanze originarie costituisce legittimo esercizio di un perdurante diritto di recesso rispetto alla domanda di adempimento, ed un'istanza di ampiezza più ridotta rispetto all'azione di risoluzione»<sup>3</sup>;

*Tesi negativa.* Dottrina maggioritaria e parte della giurisprudenza (anche Cass. Civ. Sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553) ritengono che la successiva domanda di accertamento del recesso con ritenzione della caparra (o condanna al pagamento del doppio) sia domanda nuova avuto riguardo tanto alla disomogeneità tra domanda di risoluzione giudiziale e domanda di recesso, quanto alla incompatibilità strutturale e funzionale tra ritenzione della caparra e risarcimento del danno<sup>4</sup>;

*La parte diligente agisce per l'accertamento della risoluzione di diritto e il risarcimento del danno.* Fermo quanto detto al punto che precede, la dottrina maggioritaria esclude in tale ipotesi la successiva possibilità di esercizio del recesso anche in considerazione dell'estinzione immediata del contratto (con conseguente preclusione

<sup>3</sup> Cass. civ., 24 novembre 2011, n. 24841.

<sup>4</sup> Cass. civ., sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553 osserva come: «(...) chi ammette una fungibilità tra le azioni latu sensu risarcitorie ignora che ciò si risolverebbe nella indiscriminata e gratuita opportunità di modificare, per ragioni di mera convenienza economica, la strategia processuale iniziale dopo averne sperimentato gli esiti, trasformando il processo in una sorta di gioco d'azzardo «a rilancio senza rischio»; dall'altro ancora, soltanto l'esclusione di una inestinguibile fungibilità tra rimedi consente di evitare situazioni di abuso e rende il contraente non inadempiente doverosamente responsabile delle scelte operate, impedendogli di sottrarsi ai risultati che ne conseguono, quando gli stessi non siano corrispondenti alle aspettative che ne hanno determinato la linea difensiva (...) Si aprirebbbero così pericolosi varchi a ben poco fondate richieste giudiziali, favorendo liti il più delle volte temerarie introdotte da chi, certo di un commodus discessus processuale costituito dalla inestinguibile facoltà di rivitalizzare una domanda di recesso con ritenzione della caparra, si sentirebbe legittimato a tentare in ogni caso una pur assai improbabile demonstratio di aver subito maggiori danni «a costo zero».

di un successivo recesso) per effetto della risoluzione stragiudiziale. A riguardo, a fronte di una consolidata giurisprudenza di legittimità che ammetteva la rinunciabilità dell'effetto della risoluzione stragiudiziale (con conseguente possibilità di esercizio della facoltà di cui all'art. 1385, co. 2, c.c.), deve segnalarsi che Cass. Civ. Sez. Un., 14 gennaio 2009, n. 553 ha accolto una diversa soluzione osservando, tra l'altro, come «la perdurante disponibilità dell'effetto risolutorio in capo alla parte non inadempiente risulterebbe, in assenza di qualsivoglia disposizione normativa «limitativa» (...) operante sine die (...) così generandosi, sotto altro profilo, una ingiustificata e sproporzionata lesione all'interesse del debitore, il cui ormai definitivo affidamento nella risoluzione (e nelle relative conseguenze) del contratto inadempito potrebbe indurlo, non illegittimamente, ad un conseguente riassetto della propria complessiva situazione patrimoniale».

5) Le considerazioni sin qui svolte consentono di distinguere la caparra confirmatoria dalla:

*caparra penitenziale* che, disciplinata all'art. 1386 c.c., è il negozio accessorio, avente natura reale, mediante il quale una parte (*tradens*) consegna all'altra (*accipiens*) una somma di denaro o altra quantità di cose fungibili quale corrispettivo per l'eventuale esercizio del diritto potestativo di recesso. La caparra penitenziale – che può essere pattuita in favore di una o di entrambe le parti – secondo la dottrina maggioritaria comporta un indebolimento del contratto (tale è l'effetto di una pattuizione avente ad oggetto la fissazione del corrispettivo di un recesso *ad nutum*). Sotto questo profilo la caparra penitenziale si distingue quindi dalla caparra confirmatoria (che, come detto, comporta invece un rafforzamento del vincolo contrattuale). Ulteriore distinzione rispetto alla caparra confirmatoria sta nel fatto che l'istituto disciplinato all'art. 1386 c.c. è destinato ad operare a prescindere da qualsiasi indagine in ordine alla imputabilità dell'altrui inadempimento, ben potendo, in caso di pattuizione di caparra penitenziale, il recesso essere conseguenza di un mero diritto di ripensamento;

*multa penitenziale* che, disciplinata all'art. 1373, co. 3, c.c. costituisce, al pari della caparra penitenziale, corrispettivo dell'esercizio del diritto di recesso, ma, a differenza della caparra disciplinata all'art. 1386 c.c. (che è versata anticipatamente), è prestata al momento dell'esercizio del recesso (la cui efficacia è subordinata proprio al versamento della multa penitenziale);

*clausola penale.* Anche la clausola penale è annoverata tra gli strumenti di autotutela privata. La differenza principale rispetto alla caparra confirmatoria va ricercata nel diverso meccanismo preposto al risarcimento del danno superiore a quello oggetto di preventiva e forfettaria liquidazione. Nel caso di penale la possibilità di risarcimento del maggior danno (da riconoscere in applicazione delle regole ordinarie) presuppone infatti l'espressa pattuizione cui ha riguardo l'art. 1382 c.c. Nel caso della caparra, invece, è in via generale (senza, quindi, necessità di espressa pattuizione) concessa alla parte diligente la possibilità di recedere ai sensi dell'art. 1385, co. 2, c.c. (rinunciando, secondo l'opinione maggioritaria, al risarcimento dell'eventuale maggior danno) ovvero di domandare la risoluzione ed il risarcimento del danno effettivamente subito.

Ulteriore distinzione attiene alla *non riducibilità della caparra*.

Dottrina e giurisprudenza assolutamente maggioritarie escludono tale riducibilità che non solo non è espressamente prevista con riferimento alla caparra, ma, neppure, può discendere dall'applicazione analogica dell'art. 1384 c.c., sia perché, almeno secondo l'opinione tradizionale, l'art. 1384 c.c. è norma eccezionale – comportando una significativa ingerenza del giudice sul contratto – sia perché manca per la caparra confirmatoria quella lacuna normativa che costituisce presupposto per l'analogia. Ancora, ammettere la riducibilità della caparra comporterebbe *vulnus* alla funzione principale dell'istituto che consiste nell'assegnazione al creditore di uno strumento celere ed automatico di risarcimento svincolato dall'alea dell'accertamento giudiziale. Infine, non pare configurabile una caparra manifestamente eccessiva (tale da giustificare una riduzione giudiziale) ove si tenga presente che la caparra consiste in una frazione della prestazione dovuta.

*La risoluzione del contratto:  
principi generali ed aspetti problematici*

di Dora Mazzeo

Riferimenti normativi:

artt. da 1453 a 1469 c.c.;

art. 1181 c.c.;

art. 1256 c.c.;

artt. 1372- 1373 c.c.

Letture consigliate: BIANCA, *Il contratto*, 2005; BOCCHINI e QUADRI, *Manuale di Diritto Privato* 2008; CARNEVALI e COSTANZA, *La risoluzione per inadempimento*, CSB, 1990; GAZZONI, *Manuale di Diritto Privato*, ESI, 2009; LUMINOSO e SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, CSB, 2007; TER-RANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, CSB, 1995.

Abstract: *Il presente schema si propone l'intento di illustrare il fondamento e gli aspetti problematici dell'istituto della risoluzione contrattuale. A tal fine, sarà analizzato il concetto di equilibrio tra prestazioni, proprio del sinallagma contrattuale, nonché il risvolto patologico dello stesso, espresso in termini di risoluzione, con i relativi rimedi. Premessa la distinzione tra la risoluzione di diritto e la risoluzione giudiziale, saranno esaminate le norme che regolano la risoluzione per inadempimento, disciplinata dagli artt. 1453 a 1462 c.c.; la risoluzione per impossibilità sopravvenuta dagli artt. 1463 al 1466 c.c., nonché la risoluzione per eccessiva onerosità, disciplinata dagli artt. 1467, 1468, 1469 c.c. Preliminarmente, si tratterà del principio di correttezza e buona fede, anche alla luce del dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost., cui deve ispirarsi l'intera vicenda contrattuale. All'uopo si farà cenno al complesso dibattito sorto in dottrina e giurisprudenza in tema di «presupposizione», alla rilevanza della stessa quale autonomo meccanismo solutorio, nonché della sua valenza quale quarto caso di risoluzione contrattuale.*

*Si analizzeranno altresì i singoli istituti solutori, ed in particolare in tema di risoluzione per inadempimento, la figura della clausola risolutiva espressa, di frequente applicazione nella pratica e di difficile distinguo con l'istituto della condizione risolutiva espressa, anche nella forma della cd. «condizione di inadempimento».*

*Infine, si farà cenno allo scioglimento del vincolo contrattuale per mutuo dissenso, così come previsto dall'art. 1372 c.c., e dunque alla possibilità per*

*le parti di recedere dal contratto nei limiti previsti dalla legge per il recesso unilaterale di cui all'art. 1373 c.c., nonché delle singole ipotesi specifiche di recesso ex lege anche nella forma dello ius poenitendi.*

### Schema

#### 1) *Il fondamento della risoluzione*

Il contratto può dirsi validamente concluso allorché non sopravvengano circostanze tali da incidere sulla produzione degli effetti.

L'attuazione del programma contrattuale si compie attraverso l'adempimento delle obbligazioni contrattuali che realizzano l'esecuzione del contratto.

La risoluzione estingue il contratto in presenza di un evento impeditivo del rapporto, cioè quando il programma contrattuale non è più idoneo ad assicurare il pieno soddisfacimento degli interessi dei contraenti.

Il difetto da cui origina il meccanismo risolutorio riguarda l'alterazione del sinallagma funzionale nei contratti a prestazione corrispettive. Pertanto, nei contratti aventi ad oggetto prestazioni legate da vincolo di interdipendenza funzionale, è necessario preservare l'equilibrio tra le stesse durante lo svolgimento dell'*iter* contrattuale. La risoluzione, dunque, non incide sull'atto validamente concluso tra le parti bensì sul rapporto che consegue alla stipula del contratto medesimo.

In ragione di ciò, la risoluzione si distingue dal difetto genetico proprio della rescissione che si realizza a causa di anomalie che insorgono al momento della conclusione del contratto e che incidono analogamente sulla produzione degli effetti.

Le ipotesi di rescissione, disciplinate dal codice civile agli artt. 1447, 1448 e ss., evidenziano il carattere originario della suddetta patologia che incide, anche in tale ipotesi, sull'equilibrio del sinallagma contrattuale.

La dottrina distingue tradizionalmente la risoluzione legale, ovvero automatica, dalla risoluzione giudiziale, che interviene a seguito di provvedimento del Giudice.

Tuttavia, parte della dottrina (Bianca) ha evidenziato come, nell'ambito della risoluzione volontaria, possa ravvisarsi la risoluzione cd. «negoziale», intesa quale estinzione del contratto per atto di autonomia negoziale.

La risoluzione negoziale unilaterale si esprime attraverso l'istituto della revoca, laddove il recesso di cui all'art. 1373 c.c. viene considerato quale atto negoziale estintivo dei contratti in generale.

In particolare è stato chiarito (Corrado) che la revoca agisce sul negozio, mentre il recesso sul rapporto.

Sulla distinzione strutturale e funzionale tra l'istituto della risoluzione ed il recesso si è pronunciata, in più riprese, anche la Corte di Cassazione, affermando l'impossibilità in appello di proporre la domanda volta ad ottenere la declaratoria dell'intervenuto recesso, ove in primo grado sia stata inoltrata quella di risoluzione con domanda di risarcimento del danno (*ex multis* cfr. Cass. Civ. Sez. Un. 14 gennaio 2009, n. 553).

La finalità precippua della risoluzione è, dunque, il riequilibrio patrimoniale tra i contraenti, operando all'uopo con effetto liberatorio *ex nunc* tra le parti ed effetto recuperatorio *ex tunc* delle prestazioni già eseguite.

La risoluzione si distingue in giudiziale e di diritto.

La risoluzione giudiziale, proposta dalle parti, è dichiarata dal Giudice con sentenza costitutiva i cui effetti retroagiscono al momento della proposizione della domanda giudiziale, così come disciplinato ai sensi dell'art. 1458 c.c. in tema di effetti della risoluzione.

La risoluzione di diritto opera *ipso iure* in quanto, in tal caso, il contratto si scioglie automaticamente e la sentenza del Giudice è meramente dichiarativa degli effetti solutori già prodottisi.

Le ipotesi di risoluzione di diritto sono espressamente disciplinate dal codice civile nelle forme della diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., della clausola risolutiva espressa di cui all'art. 1456 c.c. e del termine essenziale, previsto dall'art. 1457 c.c. Pertanto, nella risoluzione si realizza una convivenza del potere del Giudice e di quello dei privati. Ed infatti, nella risoluzione di diritto l'intervento del Giudice è meramente eventuale soccorrendo, in caso di conflitto, il potere dei privati.

Le ipotesi codicistiche di risoluzione giudiziale sono disciplinate dagli artt. 1453 e ss. c.c., in tema di risoluzione per inadempimento; dagli artt. 1463 e ss. per il caso della impossibilità sopravvenuta; dagli artt. 1467 e ss. in tema di eccessiva onerosità.

La disciplina della risoluzione è ispirata al principio di valenza generale di conservazione del contratto in virtù del quale occorre preservare la determinazione delle parti trasfusa nello strumento negoziale.

A tal fine, una parte della dottrina (Sacco) evidenzia il bilanciamento operato dal legislatore tra il suddetto principio e i vizi della volontà, quale grave forma di patologia del contratto, prevedendo, in presenza di dolo violenza ed errore, la natura costitutiva della sentenza di annullamento.

La preservazione dell'equilibrio contrattuale e la rilevanza della

volontà dei privati sono espressione del generale principio di correttezza e buona fede che deve permeare l'intera vicenda contrattuale ed ispirare il comportamento dei contraenti.

### Buona fede e correttezza

Per lungo tempo, il concetto di buona fede di cui all'art. 1375 c.c. è stato distinto dal comportamento secondo correttezza, disciplinato dall'art. 1175 c.c.

Ed infatti, alla buona fede veniva attribuita valenza positiva intesa nel senso di comportamenti volti al soddisfacimento dell'interesse del creditore, laddove la correttezza era intesa in accezione negativa quale astensione da comportamenti lesivi della sfera altrui.

Ad oggi, l'univoca nozione di buona fede e correttezza è improntata alla definizione offerta da autorevole dottrina (Bianca) ed intesa quale generico «obbligo gravante su ciascuna parte di salvaguardare l'utilità dell'altra parte nei limiti in cui ciò non importi un apprezzabile sacrificio, utilità non specificamente tutelate dal rapporto contrattuale e/o obbligatorio né dal dovere del *neminem laedere* di cui all'art. 2043 c.c.».

Pertanto, la buona fede, quale espressione di una doverosità attenuata, si concreta in obblighi di salvaguardia e lealtà e si distingue dalla diligenza intesa quale misura del dovere cui è tenuto il debitore per il soddisfacimento dell'interesse creditorio.

Dunque, la buona fede in senso oggettivo, quale osservanza delle regole di lealtà e correttezza, deve differenziarsi dalla buona fede in senso soggettivo, quale ignoranza di ledere l'altrui diritto così come previsto dal I comma dell'art. 1147 c.c. in materia di possesso di buona fede.

La dottrina e la giurisprudenza, hanno evidenziato il frequente riferimento alla clausola della buona fede nelle norme del codice civile, in ossequio al dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 Cost.

Ed infatti, la giurisprudenza di legittimità, in più riprese, ha sottolineato che l'art. 1227 c.c. in tema di risarcimento danni di natura contrattuale, sottende la buona fede come criterio di valutazione per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare utilizzando l'ordinaria diligenza. In dottrina sono state proposte numerose definizioni del concetto di buona fede, in particolare la cd. dottrina della inesigibilità della prestazione interpreta la buona fede come giudizio di responsabilità ai fini dell'art. 1218 c.c., affermando che è inesigibile una prestazione contraria a buona fede. Tale dottrina ha precisato che una prestazione è contro buona fede quando non vi è congruità tra

il suo adempimento ed il mezzo tecnico utilizzato dal debitore, riconducendo nell'ambito della buona fede l'istituto della presupposizione.

La presupposizione, estensione diretta del principio dell'affidamento contrattuale, è una situazione obiettiva indipendente dalla volontà delle parti e presupposta dalle stesse, ma non esplicitata nel testo contrattuale che, nondimeno, ha portato alla conclusione del contratto.

Secondo la tesi della inesigibilità della prestazione, è contrario a buona fede imporre l'esecuzione del contratto laddove venga meno la situazione di fatto presupposta dalle parti.

Tale elaborazione dottrinale è stata fortemente criticata dalla dottrina prevalente e da una parte della giurisprudenza in quanto introdurrebbe surrettiziamente un quarto grado di risoluzione, a fronte della tassatività dei casi di risoluzione contrattuale contemplati dal codice civile. Pertanto, una parte della giurisprudenza ha ricondotto l'istituto della presupposizione alla risoluzione per eccessiva onerosità di cui all'art. 1467 c.c. Dunque, ricorrendo ad una interpretazione analogica della suddetta norma afferma che pur in assenza di circostanze straordinarie ed imprevedibili si configura la risoluzione del contratto.

La norma in esame ha la funzione di regolare l'equilibrio contrattuale e di gestire l'allocazione del rischio con la conseguenza di evitare l'esecuzione del contratto allorquando lo stesso sia divenuto iniquo ed eccessivamente squilibrato.

## 2) *Le singole ipotesi di risoluzione: La risoluzione per inadempimento giudiziale*

La sorte naturale del contratto è l'adempimento delle obbligazioni oggetto della prestazione dedotta nello stesso.

Pertanto, in virtù del disposto di cui all'art. 1453 c.c., nei contratti a prestazioni corrispettive, laddove uno dei contraenti sia inadempiente, l'altro può chiedere o *l'adempimento* o la *risoluzione del contratto*.

L'altra parte, a fronte dell'inadempimento o del rifiuto di adempiere ha la facoltà di accettare l'adempimento tardivo, laddove vi abbia interesse.

In entrambi i casi è fatto salvo l'obbligo di risarcimento del danno gravante sulla parte inadempiente, in ragione dell'illecito contrattuale commesso.

Nell'ipotesi in cui la parte decida di avvalersi della risoluzione del contratto, potrà inoltrare la sua domanda anche quando il giu-

dizio sia stato già proposto per ottenere l'adempimento; nel caso in cui sia stata domandata la risoluzione egli non potrà più chiedere l'adempimento (cfr. Cass. Civ., 9 febbraio 1995, n. 1457; *id.*, 11 maggio 1996, n. 4444; *id.*, 19 gennaio 2005, n. 1077; *id.*, 27 aprile 1998, n. 4261).

Il meccanismo introdotto dal Codice civile del 1942 si differenzia dal sistema rigoroso previsto dal Codice Civile del 1865, che riconosceva alla parte la possibilità di mutare la domanda di risoluzione in quella di adempimento, in ragione della produttività degli effetti in pendenza del giudizio solutorio.

Di conseguenza la parte inadempiente aveva altresì la facoltà di adempiere nelle more del giudizio, diversamente dal divieto imposto dall'art. 1453 III comma c.c. di adempiere in seguito alla domanda di risoluzione.

Inoltre il Codice del 1865 distingueva la disciplina della risoluzione del contratto da quella prevista dal Codice del Commercio, in cui la *ratio* sottesa all'istituto era rappresentata dall'esigenza di garanzia della flessibilità dei mercati.

Una parte della dottrina ha sostenuto la natura sanzionatoria della risoluzione quale deterrente all'inadempimento del contratto.

Attualmente la funzione del meccanismo della risoluzione è il riequilibrio delle prestazioni, finalizzata alla razionalità del sistema economico, in virtù del quale il Codice civile del 1942 prevede un sistema di risoluzione improntato alla conservazione del contratto.

Ed infatti, l'art. 1453 c.c. non richiama l'inadempimento per colpa riproducendo, in tal modo, il disposto di cui all'art. 1218 c.c., con la conseguenza che la responsabilità per l'inadempimento che ingenera la risoluzione è una forma di responsabilità per colpa intesa quale violazione di parametri oggettivi.

L'art. 1453 c.c. statuisce la possibilità di trasformare la domanda di adempimento in domanda di risoluzione mediante la *mutatio libelli* che, secondo una parte della giurisprudenza di legittimità, può essere proposta anche in grado di appello, purché i fatti posti a fondamento della domanda restino gli stessi (cfr. Cass. Civ., 6 aprile 2009, n. 8234; Cass. Civ., 27 maggio 2010, n. 13003; Cass. Civ., 06 giugno 2011, n. 12238).

La dottrina e la giurisprudenza hanno diversamente interpretato il fondamento della preclusione della domanda di adempimento, alcuni individuando come *ratio* del divieto l'affidamento della parte inadempiente, ove esista, altri riconoscendo all'art 1453 c.c., una funzione garantista, quale espressione dell'esigenza di mobilità del mercato.

Il terzo comma della norma in esame statuisce che l'inadempiente,

dalla data della domanda di risoluzione, non può più adempiere la propria obbligazione.

La giurisprudenza prevalente afferma che la domanda di risoluzione blocca e cristallizza la posizione dei contraenti, pertanto sarà necessario attendere la sentenza che statuisce sulla risoluzione (cfr. Cass. Civ., 14 maggio 2004, n. 9200).

Secondo tale Giurisprudenza resterebbero fuori da tale preclusione soltanto i contratti di durata (es. locazione), perché l'effetto retroattivo della risoluzione non si estende alle prestazioni già eseguite, in ragione del disposto di cui all'art. 1458 I comma c.c.

In senso contrario parte della dottrina e della Giurisprudenza hanno contrastato l'assolutezza del divieto di cui al III comma dell'art. 1453 c.c., affermando che il debitore non è esonerato dall'obbligo di adempiere nelle more del giudizio. Ed infatti, laddove la domanda di risoluzione non sia fondata, il comportamento del debitore potrebbe integrare gli estremi di un inadempimento grave ex art. 1455 c.c., a fronte del suo precedente inadempimento non grave (cfr. Cass. Civ., 1 giugno 1993, n. 6121).

### L'importanza dell'inadempimento

L'inadempimento è condizione di procedibilità dell'azione di risoluzione ed il legislatore richiede, quale requisito ulteriore, l'importanza dell'inadempimento avuto riguardo all'interesse dell'altra parte.

Il giudizio sull'importanza dell'inadempimento deve essere effettuato al momento della scadenza dell'obbligazione e non al tempo della proposizione della domanda. La dottrina propone, ai fini della individuazione dell'importanza o gravità dell'inadempimento, una interpretazione in chiave oggettiva ed una interpretazione in chiave soggettiva del disposto di cui all'art. 1455 c.c. La giurisprudenza accoglie diversamente l'uno e l'altro criterio, dando rilevanza talvolta alla natura delle prestazioni dedotte in contratto, talaltra alla volontà delle parti esplicitata nel testo contrattuale.

Pertanto, trattandosi di giudizio rimesso al sindacato discrezionale del Giudice, la giurisprudenza ha affermato che l'adempimento successivo alla domanda di risoluzione, ex art. 1453 c.c. III comma, può incidere sul giudizio di importanza dell'inadempimento (cfr. Cass. Civ., 14 maggio 2004, n. 9200).

In merito all'inadempimento parziale ovvero al mero ritardo, parte della dottrina ne ha sottolineato l'irrilevanza ai fini del giudizio di gravità dell'inadempimento. Tuttavia, dottrina e giurisprudenza in linea costante ammettono la risoluzione per inadempimento parziale,

anche nella forma della eccezione, richiamando all'uopo l'art. 1181 c.c. in tema di adempimento parziale, nonché l'art. 1464 c.c. che prevede l'impossibilità sopravvenuta parziale che abilita al recesso.

### L'eccezione di inadempimento

Quando la parte non ha ancora eseguito la sua controprestazione, può opporre l'eccezione di inadempimento di cui all'art 1460 I comma c.c., rifiutandosi di adempiere a sua volta (*inadimplenti non est adimplendum*).

La natura dell'eccezione è da rinvenirsi nella tutela privatistica accordata alla parte e la funzione dell'istituto è da individuarsi nel principio di conservazione del contratto posto a tutela dell'equilibrio economico tra i contraenti.

Secondo una parte della dottrina anche l'eccezione di inadempimento, quale forma di autotutela prevista congiuntamente all'ipotesi di cui all'art. 1461 c.c., è soggetta alla valutazione della gravità dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c.

Pertanto il codice prevede altresì strumenti di autotutela privatistica in caso di inadempimento rivolti a salvaguardare la parte adempiente, che si sostanziano nel rifiuto di adempiere la propria prestazione a fronte dell'inadempimento ovvero del mutamento delle condizioni patrimoniali della controparte.

La dottrina maggioritaria afferma che il limite all'esercizio del suddetto potere di autotutela sia da rinvenirsi nella clausola generale di buona fede in materia contrattuale ex art. 1375 c.c., espressamente richiamato dal II comma dell'art. 1460 c.c..

### 3) *La risoluzione per inadempimento di diritto*

Sul piano disciplinare, alla risoluzione per inadempimento può pervenirsi oltre che in via giudiziale anche automaticamente allorquando l'inadempimento sia stato già oggetto di valutazione in sede di stipula da parte dei contraenti. La risoluzione di diritto si verifica in tre distinte ipotesi espressamente disciplinate dal codice civile ed in particolare nell'ipotesi di diffida ad adempiere, termine essenziale, clausola risolutiva espressa.

Una parte della dottrina ha affermato che le suddette fattispecie tutelano maggiormente il creditore di inadempimento parziale piuttosto che il creditore dell'inadempimento definitivo.

Ed infatti, a fronte dell'inadempimento definitivo l'unica alternativa per il creditore è la risoluzione giudiziale.

Nella risoluzione di diritto vi è pertanto una modificazione della realtà giuridica che avviene automaticamente in ossequio, altresì, al sistema misto di risoluzione accolto nel nostro codice civile.

### Diffida ad adempiere

L'art. 1454 c.c. prevede che la parte adempiente può fissare al debitore un termine per adempiere, trascorso il quale il contratto si intenderà risolto.

La diffida ad adempiere deve contenere l'espressa indicazione del termine, che decorre dal momento del ricevimento della diffida in ragione della sua natura di negozio unilaterale recettizio, per cui è richiesta la forma scritta *ad substantiam*.

In pendenza del termine, il creditore non può agire né per l'adempimento né per la risoluzione, ad eccezione dell'ipotesi in cui il debitore dichiara per iscritto di non volere adempiere. Il contenuto della diffida deve contenere l'espresso avvertimento che in mancanza di adempimento il contratto si intenderà risolto, non valendo all'uopo il generico avvertimento di ricorrere all'Autorità giudiziaria.

Alla scadenza del termine pertanto si produrrà l'effetto risolutivo del contratto, avuto comunque riguardo alla valutazione di gravità dell'inadempimento di cui all'art. 1455 c.c.

### Termine essenziale

Il contratto si intende risolto di diritto, anche in assenza di specifica pattuizione, quando il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell'interesse dell'altra (art. 1457 c.c.). Quest'ultima se ha interesse all'esecuzione della prestazione, nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all'altra parte nel termine di tre giorni. L'inadempimento deve essere imputabile al debitore non trovando applicazione l'art. 1455 c.c., in quanto il giudizio sull'importanza dell'inadempimento è irrilevante in presenza di un accordo espresso tra i contraenti. Pertanto, in tal caso la risoluzione discende direttamente dal regolamento contrattuale. Il meccanismo di cui all'art. 1457 c.c. risulta, per alcuni aspetti, inverso a quello di cui all'art. 1456 c.c. in tema di clausola risolutiva espressa. Ed infatti, il termine essenziale opera automaticamente, ma l'effetto risolutorio può essere inibito da una dichiarazione del creditore il quale manifesti il proprio interesse ad un adempimento tardivo nel termine di tre giorni. L'automa-

ticità della risoluzione può, tuttavia, escludersi in presenza di pattuizione o di uso contrario.

Il carattere dell'essenzialità del termine può essere di tipo oggettivo o soggettivo, in questa ultima ipotesi l'indicazione del termine e la sua inderogabilità deve essere precisa e rigorosa.

### Clausola risolutiva espressa

I contraenti possono pattuire la risoluzione in via automatica a fronte dell'inadempimento di una obbligazione secondo le modalità stabilite.

La clausola risolutiva espressa, di cui all'art. 1456 c.c., può attere al contratto ovvero può essere pattuita con atto autonomo che dovrà rivestire la stessa forma del contratto a cui si riferisce. L'obbligazione dedotta nella clausola risolutiva deve essere specificamente indicata e se tale indicazione è generica la clausola non ha alcun valore. L'inadempimento deve essere imputabile al debitore, ma anche in tale ipotesi, come nella diffida ad adempiere, il giudizio sulla gravità dell'inadempimento è irrilevante a fronte dell'accordo dei contraenti sulle modalità della risoluzione.

L'effetto risolutorio non consegue automaticamente all'inadempimento dell'obbligazione secondo le modalità stabilite dalle parti, in quanto è necessario, in virtù del II comma dell'art. 1456 c.c., che la parte interessata dichiari all'altra di volersi avvalere della clausola risolutiva espressa.

Tale dichiarazione è atto negoziale unilaterale recettizio, ed è accordata al creditore in ragione della previsione di cui all'art. 1453 c.c., che prevede la facoltà di quest'ultimo di scegliere tra adempimento e risoluzione.

Da ciò consegue che la risoluzione deriva, in tale ipotesi, da una fattispecie complessa costituita dall'inadempimento e dalla dichiarazione di volersi avvalere della clausola e la valutazione sul risarcimento del danno andrà effettuata facendo riferimento al momento in cui la dichiarazione perviene al debitore.

Il creditore può, altresì, rinunciare ad avvalersi del meccanismo della clausola mediante comportamento contrario alla volontà di risolvere il contratto, ovvero mediante accettazione di un adempimento parziale (cfr. Cass. Civ., 10 marzo 2011, n. 5734; *id.*, 24 novembre 2010, n. 23824).

L'istituto in parola si distingue, pur se non agevolmente, dalla condizione risolutiva anche nella forma della cd. condizione di inadempimento.

Nella condizione di inadempimento l'avvenimento futuro ed incerto da cui le parti fanno dipendere l'efficacia (sospensiva) o la risoluzione del contratto (risolutiva), è costituito dall'adempimento o dall'inadempimento di una prestazione contrattuale. La fattispecie in esame è stata fortemente criticata dalla dottrina tradizionale che ne ha evidenziato l'assenza del requisito dell'accidentalità, in quanto configurerebbe, come evento condizionante, un elemento essenziale del contratto.

Tuttavia, l'orientamento maggioritario ammette la deducibilità dell'adempimento o dell'inadempimento in condizione in omaggio al principio di autonomia negoziale, al fine di predisporre una tutela più intensa rispetto al meccanismo di cui all'art. 1453 e ss. c.c. (cfr. Cass. Civ., 13 novembre 2006, n. 24299).

All'uopo la giurisprudenza sottolinea che la risoluzione del contratto per avveramento della condizione ha effetto retroattivo tra le parti e nei confronti dei terzi, a differenza di quanto previsto dal II comma dell'art. 1458 c.c.

La condizione risolutiva opera automaticamente rimuovendo *ex tunc* gli effetti del contratto, mentre la clausola opera a seguito della dichiarazione della parte e la relativa sentenza di risoluzione ha effetto dal giorno della trascrizione della domanda.

Si è inoltre sottolineato che il meccanismo non lede i diritti dei terzi, in quanto il contratto risolutivamente condizionato produce *ab origine* effetti non definitivi di cui i terzi hanno diretta conoscenza mediante menzione della condizione nella nota di trascrizione *ex art.* 2659 c.c.

Pertanto, sarà rimesso al sindacato discrezionale del Giudice la qualificazione della clausola in termini di condizione risolutiva o di clausola risolutiva espressa, mediante l'interpretazione della volontà delle parti.

#### 4) *La risoluzione per impossibilità sopravvenuta*

Lo scioglimento del contratto per impossibilità sopravvenuta della prestazione opera di diritto con la conseguenza che la sentenza è di mero accertamento della risoluzione già verificatasi. L'obbligazione si estingue, pertanto, quando la prestazione diviene oggettivamente ed assolutamente impossibile per causa non imputabile al debitore *ex art.* 1463 c.c.

La disciplina dello scioglimento è analoga a quella della risoluzione in ragione del venir meno del sinallagma, tuttavia l'automaticità dell'effetto risolutivo esclude che si sia in presenza di un mezzo di tutela

offerto alla parte adempiente. La non imputabilità è da valutarsi secondo il criterio di buona fede, con la conseguenza che l'inesigibilità della prestazione potrà determinare la risoluzione per impossibilità, in luogo di quella per inadempimento, laddove si richieda al debitore uno sforzo superiore alla ordinaria diligenza. In caso di impossibilità totale la parte non imputabile non può chiedere la controprestazione e deve restituire quella ricevuta, analogamente nel caso di impossibilità temporanea, in virtù del richiamo all'art. 1256 c.c., il creditore non può più pretendere la prestazione tenuto conto della natura del contratto. Nell'ipotesi di impossibilità parziale non trova applicazione il disposto dell'art. 1258 c.c., in quanto in presenza di contratto a prestazioni corrispettive potrebbe verificarsi un grave squilibrio nel sinallagma. Pertanto, l'art. 1464 c.c. legittima il creditore a pretendere una riduzione della propria prestazione ovvero a recedere dal contratto, laddove non abbia interesse ad un adempimento parziale. L'art. 1465 c.c. dedica una disciplina particolare, peraltro derogabile dalle parti, all'impossibilità sopravvenuta totale dei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata o trasferiscono o costituiscono diritti reali. Infine, a norma dell'art. 1466 c.c., quanto ai contratti plurilaterali disciplinati dall'art. 1420 c.c., l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non determina lo scioglimento del contratto salvo nel caso in cui la stessa prestazione debba considerarsi essenziale.

Una parte della dottrina che considera non tassative le singole ipotesi di risoluzione, riconduce nell'alveo dell'art. 1464 c.c. l'ipotesi della sopravvenuta inutilizzabilità della prestazione.

Tuttavia, in tal senso si è obiettato che la sopravvenuta inutilizzabilità presuppone la possibilità della prestazione, dovendosi pertanto escludere che possa configurarsi un autonomo caso di risoluzione.

##### 5) *L'eccessiva onerosità sopravvenuta*

La previsione di cui all'art. 1467 c.c. mira a tutelare l'equilibrio tra le prestazioni e dunque il sinallagma, con la conseguenza che in presenza di eccessiva onerosità, dovuta a cause straordinarie ed imprevedibili, tale rimedio potrà essere invocato ogni qualvolta la prestazione risulta differita nel tempo, ovvero quando le parti di un contratto ad esecuzione immediata abbiano rinviato l'adempimento della prestazione, anche con accordo tacito.

Pertanto il legislatore ha previsto un rimedio specifico per le situazioni non previste al momento della conclusione del contratto e che modificano di conseguenza le condizioni dei contraenti, non rientrando per la loro natura nella normale alea insita in ogni contratto.

Da ciò consegue l'inapplicabilità della fattispecie in esame ai contratti aleatori per loro natura, ovvero per volontà anche di uno solo dei contraenti, nonché a quei contratti per i quali esiste una speciale disciplina normativa rivolta a salvaguardare le condizioni contrattuali (es. in materia di appalto art. 1644).

In quest'ultima ipotesi tuttavia troverà comunque applicazione l'art. 1467 c.c. quando gli eventi straordinari ed imprevedibili siano stati tali da porre nel nulla i rimedi previsti dalla legge o dai privati.

In ragione della precipua funzione svolta dall'art. 1467 c.c., intesa a riequilibrare le sorti dello strumento contrattuale, la dottrina ha ricondotto a tale previsione legislativa, l'istituto della presupposizione (cfr. sopra), dando in tal modo rilevanza non soltanto alla volontà delle parti trasfusa nel contenuto contrattuale ma anche alla volontà inespresa e presupposta dai contraenti.

Il debitore gravato dall'eccessiva onerosità è tenuto ad agire in giudizio e deve comunque adempiere non potendo liberarsi mediante una dichiarazione stragiudiziale, non ricorrendo in tal caso l'ipotesi dell'impossibilità sopravvenuta.

Egli dunque non può rifiutarsi di adempiere *ex art. 1460 c.c.*, riferendosi tale norma soltanto all'ipotesi dell'inadempimento altrui.

La dottrina tradizionale ha evidenziato che la parte più significativa della norma in esame è costituita dal III comma che prevede la possibilità per la parte contro la quale è domandata la risoluzione di evitarla offrendo di ridurre ad equità il contratto, in quanto in tal modo la norma mira a conservare il contratto e non a risolverlo.

Secondo tale dottrina pertanto nel momento in cui si verifica l'eccessiva onerosità per cause straordinarie ed imprevedibili, la parte adempiente deve avvisare l'altra parte dell'intenzione di chiedere la risoluzione, e ciò in ossequio al principio di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali.

La riconduzione ad equità del contratto mira pertanto a salvaguardare non soltanto l'equilibrio tra i contraenti ma lo stesso strumento contrattuale che in tal modo potrà continuare a produrre i suoi effetti.

### Gli effetti della risoluzione

L'art. 1458 c.c. in tema di effetti della risoluzione per inadempimento, pacificamente applicabile a tutte le ipotesi di risoluzione, statuisce l'efficacia retroattiva della risoluzione tra le parti, ad eccezione delle prestazioni già eseguite dei contratti ad esecuzione continuata o periodica.

Pertanto restano salvi i diritti acquistati dai terzi, laddove sia stata osservata la formalità della trascrizione in caso di acquisto di beni immobili.

Dalla risoluzione conseguono altresì gli obblighi restitutori delle prestazioni eseguite, ad eccezione dei contratti di durata, secondo le regole fissate per la ripetizione dell'indebitito e non d'ufficio laddove si versi in ipotesi di risoluzione giudiziale.

Il Giudice pertanto dovrà provvedere sulle domande restitutorie anche quando dia atto della comune volontà di non dare seguito al contratto, respingendo le reciproche domande di risoluzione per inadempimento.

#### 6) *Lo scioglimento volontario*

L'art. 1372 c.c. prevede la possibilità che le parti sciolgano il contratto per mutuo dissenso, a seguito del quale è possibile eliminare gli effetti di un contratto traslativo o costitutivo non ancora prodottisi.

In caso contrario sarà necessario procedere alla stipula di un nuovo contratto contrario a quello che si vuole sciogliere. Nell'ambito della risoluzione volontaria, che trova pertanto la sua fonte nella volontà dei contraenti, autorevole dottrina (Bianca) ritiene che la risoluzione per inadempimento vada distinta dalla risoluzione negoziale, mediante la quale si realizza l'estinzione del contratto per atto di autonomia negoziale.

In ragione di ciò la risoluzione negoziale prende il nome di revoca o di recesso a seconda che si tratti di atto negoziale estintivo di negozi unilaterali o di contratti stipulati nell'interesse della parte revocante, ovvero di atto negoziale estintivo dei contratti in generale.

Tale dottrina ritiene che la revoca produce l'effetto eliminativo del precedente atto giuridico, operando retroattivamente, mentre il recesso, incidendo sul rapporto e non sull'atto, non opera retroattivamente.

Tuttavia tale dottrina risulta superata dall'obiezione in virtù della quale anche il recesso non è vicenda che attiene al rapporto ma è un atto che libera le parti eliminando il contratto ed i suoi effetti.

Pertanto, in osservanza del principio *pacta sunt servanda*, l'art. 1373 c.c. prevede la facoltà di esercizio del recesso soltanto laddove espressamente pattuito, accordando in ogni caso la possibilità di recedere soltanto finché il contratto non abbia avuto un principio di esecuzione e con modalità stabilite dalla norma in commento.

In alcuni casi è la legge ad attribuire a tutte le parti il diritto di recesso (cfr. l'ipotesi della società) ovvero soltanto da alcune di esse, come nell'ipotesi di cui all'art. 1671 c.c. per il committente in caso

di appalto, in altre ipotesi l'esercizio del recesso è subordinato alla presenza di una giusta causa o di un grave motivo.

La disciplina del consumatore contenuta del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, prevede una particolare ipotesi di recesso qualificato quale vero e proprio *ius poenitendi*, accordato al consumatore che si trovi a stipulare un contratto di fornitura beni o servizi con un professionista al di fuori dei locali commerciali.

La *ratio* della previsione del diritto di pentimento nell'ambito della disciplina dei contratti dei consumatori è riconducibile al sistema di forte tutela accordato al contraente debole e nel forte squilibrio contrattuale che si verifica nell'ipotesi di contrattazione con un operatore qualificato.



*I contratti in materia di intermediazione finanziaria,  
in particolare il cosiddetto contratto quadro  
e gli ordini di acquisto/vendita che seguono ad esso:  
le ipotesi della loro nullità ed i relativi effetti  
sulle prestazioni eseguite dai contraenti*

di Luigi Bettini

Riferimenti normativi:

Art. 1147 c.c.

Art. 2033 c.c.

D.lgs. n. 58/98, con particolare riguardo agli art. 21 e 23

Riferimenti bibliografici: MOSCATI, *Mala fides superveniens non nocet? Per la rilettura di un dogma*, in *Riv. dir. civ.*, 1990, I, p. 333; *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano e G. Visintini, XLIII, 2006 (in particolare i capitoli intitolati *La tipologia degli strumenti finanziari*, *Tipologia dei contratti fra intermediario e risparmiatore*, *La responsabilità della banca per false informazioni nel quadro dei servizi ai clienti*, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento*, *La tutela dell'investitore fra scandali finanziari e pretese nullità virtuali dei contratti di intermediazione finanziaria*); *Manuale di diritto del mercato finanziario*, a cura di S. Amorosino, Giuffrè, 2008, parte III, capitolo III (a cura di A. Di Amato), *I servizi di investimento; I rapporti fra banca e clientela*, CEDAM, 2008 (in particolare il capitolo 4, intitolato *Asimmetria informativa e attività di negoziazione degli strumenti finanziari: violazione degli obblighi informativi fra nullità ed inadempimento contrattuale*); L. GAFFURI, *I servizi e le attività di investimento*, Giuffrè, 2010; F. CAPRIGLIONE (a cura di), *L'ordinamento finanziario italiano*, CEDAM, 2010; D. MAFFEIS, *I contratti dell'intermediazione finanziaria*, Giappichelli, 2011.

Abstract. *In tale schema si delineeranno i contorni delle fattispecie contrattuali relativi all'attività dell'intermediazione finanziaria, con riferimento al cosiddetto «contratto quadro» concluso fra intermediario finanziario e cliente ex art. 23 D.l.vo n. 58/98 ed agli ordini di acquisto posti in essere sulla base di tale contratto. Si individueranno le varie ipotesi di nullità che possono colpire i suddetti contratti e, in conseguenza di esse, si valuteranno infine gli effetti di tali nullità e segnatamente l'oggetto delle restituzioni delle prestazioni contrattuali indebitamente eseguite.*

*Alcune definizioni, con riferimento al D.l.vo n. 58/98.*

*Strumenti finanziari:* i valori mobiliari, gli strumenti monetari e tutti gli altri contratti elencati nell'art. 2/1 D.l.vo n. 58/98.

*Negoziazione per conto proprio:* l'attività di acquisto e vendita di strumenti finanziari, in contropartita diretta e in relazione a ordini dei clienti, nonché l'attività di market-maker, di cui all'art. 1/5-bis D.l.vo n. 58/98, nella quale l'ordine trasmesso dal cliente viene eseguito direttamente dall'intermediario finanziario, che vende propri strumenti finanziari o acquista strumenti finanziari posti in vendita dal cliente investitore.

*Esecuzione di ordini per conto dei clienti* (detta anche negoziazione per conto terzi): l'attività con cui l'intermediario finanziario abilitato ad entrare in contatto con le diverse sedi di esecuzione si impegna a ricercare per conto del proprio committente, il cliente investitore, una controparte con cui eseguire la compravendita di strumenti finanziari.

*Intermediario finanziario:* soggetto abilitato all'esercizio dei servizi e delle attività di investimento – svolti in modo professionale e nei confronti del pubblico – provvisto delle necessaria autorizzazione ex art. 18 D.l.vo n. 58/98.

*Il cosiddetto contratto quadro e gli ordini di acquisto conclusi sulla base di esso*

*Il contratto quadro*

Recita l'art. 23 D.l.vo n. 58/98: «1. I contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento, escluso il servizio di cui all'articolo 1, comma 5, lettera f), e, se previsto, i contratti relativi alla prestazione dei servizi accessori sono redatti per iscritto e un esemplare è consegnato ai clienti. La CONSOB, sentita la Banca d'Italia, può prevedere con regolamento che, per motivate ragioni [tecniche] o in relazione alla natura professionale dei contraenti, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in altra forma. Nei casi di inosservanza della forma prescritta, il contratto è nullo.

2. È nulla ogni pattuizione di rinvio agli usi per la determinazione del corrispettivo dovuto dal cliente e di ogni altro onere a suo carico. In tali casi nulla è dovuto.

3. Nei casi previsti dai commi 1 e 2 la nullità può essere fatta valere solo dal cliente.

4. Le disposizioni del titolo VI, capo I, del T.U. bancario non si applicano ai servizi e attività di investimento [né al servizio accesso-

rio previsto dall'articolo 1, comma 6, lettera f)], al collocamento di prodotti finanziari nonché alle operazioni e ai servizi che siano componenti di prodotti finanziari assoggettati alla disciplina dell'articolo 25-bis ovvero della parte IV, titolo II, capo I. In ogni caso, alle operazioni di credito al consumo si applicano le pertinenti disposizioni del titolo VI del T.U. bancario.

5. *Nell'ambito della prestazione dei servizi e attività di investimento, agli strumenti finanziari derivati nonché a quelli analoghi individuati ai sensi dell'articolo 18, comma 5, lettera a), non si applica l'articolo 1933 del codice civile.*

6. *Nei giudizi di risarcimento dei danni cagionati al cliente nello svolgimento dei servizi di investimento e di quelli accessori, spetta ai soggetti abilitati l'onere della prova di aver agito con la specifica diligenza richiesta».*

Benché la norma non lo dica espressamente, dal complessivo esame del D.L.vo n. 58/98 e dai regolamenti CONSOB che vi hanno dato attuazione, dapprima quello n. 12588/98, ora quello n. 16190/07, può affermarsi che nella materia dell'intermediazione l'attività contrattuale, ed in particolare quella di esecuzione degli ordini impartiti dal cliente, di cui ci occuperemo, si esplica *su un duplice livello*.

Anzitutto l'art. 23 D.l.vo n. 58/98 prevede la conclusione di un contratto cosiddetto quadro, di intermediazione finanziaria, con cui le parti si accordano sul contenuto della futura attività di negoziazione – in generale – degli strumenti finanziari, che il Legislatore ha voluto essere condotta necessariamente per il tramite di intermediari finanziari autorizzati.

Le ragioni di tale scelta sono state variamente indicate dalla dottrina che si è occupata dell'argomento.

Esse possono essere riassunte in:

- 1) particolare complessità e tecnicità della materia che richiede che l'investitore sia assistito nella negoziazione da un soggetto qualificato, l'intermediario appunto, che opera professionalmente sul mercato e dunque conosce le sue regole;
- 2) regolazione del mercato secondo regole di trasparenza e concorrenza che assicurino il corretto svolgimento dell'attività finanziaria nell'interesse di chi vi opera ed in particolare degli investitori.

Si tratta in realtà di interessi convergenti, poiché trasparenza del mercato e tutela degli investitori, contraenti deboli, sono in realtà facce della stessa medaglia: un'ordinata e trasparente attività di nego-

ziazione degli strumenti finanziari, a mezzo di operatori qualificati, è funzionale a tutelare i clienti investitori e – creando in loro fiducia nell'attività di investimento – a far sì che la compiano.

Viceversa il compimento di un'attività di investimento da parte di clienti investitori per il tramite di intermediari qualificati, secondo regole predeterminate rende l'attività di investimento ordinata e genera un mercato trasparente che può, in tal modo, svilupparsi.

Il *contratto quadro* è qualificato dalla dottrina prevalente come un *mandato* (ex art. 1703 c.c.). È quel mandato *con il quale il cliente investitore conferisce all'intermediario finanziario l'incarico di negoziare, per suo conto, gli strumenti finanziari* – azioni, obbligazioni, ecc. – che possono già appartenere all'intermediario che li ha nel proprio portafoglio, e che quindi li negozia «*per conto proprio*», o che, invece, li acquista da terzi per conto del cliente e che quindi li negozia «*per conto terzi*».

Secondo un'opinione dottrinale minoritaria esso è invece un *contratto innominato, atipico*, a causa mista, che regola l'attività di negoziazione degli strumenti finanziari.

La critica mossa a tale opinione dottrinale è che il contenuto del contratto – la sua causa – è quello del mandato, impegnandosi l'intermediario finanziario a svolgere un'attività per conto del cliente dietro il pagamento di un corrispettivo, e dunque non v'è necessità di qualificare il contratto come innominato, ben potendo essere ricondotto al mandato ed alle norme che lo regolano ex artt. 1702 e seguenti c.c.

Con la sua conclusione le due parti non concludono contratti di negoziazione di strumenti finanziari – *il cliente cioè non compie alcuna operazione di investimento, non impartisce alcun ordine di acquisto o vendita* – né si obbligano a concluderli, ma si limitano a disciplinare la futura, eventuale attività di intermediazione finanziaria, e cioè la futura attività di investimento, le eventuali future compravendite di strumenti finanziari, obbligandosi – questo sì – a condurre le future eventuali trattative secondo le modalità disciplinate dal contratto quadro.

### *I singoli ordini di acquisto*

Alla conclusione di tale contratto quadro seguono *i singoli ordini di acquisto/vendita*, con i quali il cliente investitore, già legato contrattualmente all'intermediario dal contratto quadro, impartisce gli ordini di acquisto o di vendita dei singoli strumenti finanziari.

*I singoli ordini di acquisto* sono qualificati dalla dottrina preva-