

Giapeto Editore

Gazzetta **FORENSE**

Rivista scientifica

Marzo – Aprile 2024

Politica della giustizia e Riforme al cospetto
delle disuguaglianze sociali

ANTONIO BUONAJUTO

L'Avvocato in Mediazione civile e commerciale.
La Informazione – pubblicità

MARIO IANNONE

APP non funziona!: Collaborazione e
Innovazione nella Transizione Digitale del
Sistema Giudiziario: Un'Analisi del Processo
Penale Telematico e dell'utilizzo di APP

FERNANDA IANNONE

Esponenzialità senza rappresentanza

MASSIMILIANO ATELLI

in collaborazione con



Gazzetta FORENSE

Rivista scientifica

Bimestrale

Anno 17 - Numero 2 - Marzo/Aprile 2024

DIRETTORE RESPONSABILE

Francesco Fimmanò

CONSULENTE EDITORIALE

Roberto Dante Cogliandro

COMITATO EDITORIALE

Rosario Bianco, Sergio Carlino, Mario de Bellis, Irene Gionfriddo, Flora Pirozzi

REDAZIONE

Vittorio Sabato Ambrosio, Valeria D'Antò, Melania Duraturo, Elia Scafuri, Cristina Spizuoco

EDITORE

Giapeto Editore Srl con socio unico - Via Medina 5 - 80133 Napoli

PROPRIETARIO

Associazione Nemo plus iuris, Giapeto editore

COMITATO DI REDAZIONE

Andrea Alberico, Francesco Albertini, Giuseppe Amarelli, Antonio Ardituro, Massimiliano Atelli, Almerina Bove, Maria Vittoria Bramante, Buccico, Carlo Buonauro, Raffaele Cantone, Flora Caputo, Sergio Carlino, Andrea Castaldo, Michele Corleto, Francesco Cossu, Nicola D'Agnese, Corrado d'Ambrosio, Marcello d'Aponte, Matteo D'Auria, Mario de Bellis, Domenico De Carlo, Andrea Dello Russo, Sara de Rosa, Marco Fasciglione, Fabio Foglia Manzillo, Nicola Graziano, Clelia Iasevoli, Alessandro Jazzetti, Deosdedio Litterio, Sergio Locorotolo, Rita Lombardi, Luca Longhi, Angelo Maietta, Raffaele Manfrellotti, Gaetana Marena, Catello Maresca, Francesco Marini, Roberta Marino, Giuseppina Marotta, Raffaele Micillo, Marco Naddeo, Maria Pia Nastri, Vincenzo Pappa Monteforte, Gianluigi Passarelli, Giuseppe Pedersoli, Angelo Pignatelli, Flora Pirozzi, Roberto Ranucci, Ermanno Restucci, Francesco Romanelli, Raffaele Rossi, Angelo Scala, Gaetano Scuto, Mariano Valente

COMITATO SCIENTIFICO

Giuliano Balbi, Emilio Balletti, Francesco Barachini, Amedeo Bassi, Fernando Bocchini, Antonio Buonajuto, Lucia Calvosa, Giovanni Capo, Giuseppe Cataldi, Aurelio Cernigliaro, Agostino De Caro, Wladimiro De Nunzio, Giovanni Di Giandomenico, Ettore Ferrara, Giuseppe Ferraro, Francesco Fimmanò, Eugenio Forgillo, Erik Furno, Francesca Galgano, Chuma Himonga, Manlio Ingrosso, Alberto Lucarelli, Francesco Saverio Marini, Gabriël Adelín Moens, Antonio Panico, Giuseppe Riccio †, Vito Tenore, Gennaro Terracciano, Giuseppe Tesaro †

COMITATO DI VALUTAZIONE

Carlo Brusco, Mario Campobasso, Raffaele Caprioli, Fausto Cardella, Sergio Del Core, Patrizia De Pasquale, Fabrizio Di Marzio, Marco Esposito, Lucilla Gatt, Umberto Lauro, Roberto Mastroianni, Antonio Merone, Lucio Napolitano, Andrea Patroni Griffi, Rosa Pezzullo, Luca Pisani, Maria Rosaria San Giorgio, Pietro Sirena, Raffaele Teti, Antonio Uricchio

Rassegne di giurisprudenza a cura di

Andrea Alberico, Almerina Bove, Carlo Buonauro, Michele Corleto, Corrado d'Ambrosio, Mario de Bellis, Vincenzo della Priscogli, Antonio De Simone, Angela Grieco, Maria Luigia Ienco, Alessandro Jazzetti, Catia La Torraca, Giuseppina Marotta, Giuditta Merone, Maria Pia Nastri, Angelo Pignatelli, Francesco Romanelli, Viviana Salerno, Federico Sergio, Enza Sonetti, Giorgia Viola

La pubblicazione dei contributi proposti alla redazione della Rivista è sottoposta ad una procedura di *peer review* che garantisce il doppio anonimato (*double blind*) dell'autore e del valutatore. A tale scopo la direzione della Rivista si avvale di uno o più componenti interni al comitato di valutazione e di esperti esterni designati dal comitato scientifico.

N. REGISTRAZ. TRIBUNALE

n. 21 del 13/03/2007

GRAFICA E IMPAGINAZIONE

Gianni Ascione, Napoli

STAMPA E ALLESTIMENTO

Print Sprint, Napoli

ISSN 1971-7881

in collaborazione con


PEGASO
Università Telematica


**Università
Mercatorum**
Università telematica delle
Camere di Commercio Italiane


**Università
San Raffaele**
Roma

SOMMARIO

Editoriale

POLITICA DELLA GIUSTIZIA E RIFORME AL COSPETTO DELLE DISEGUAGLIANZE SOCIALI	153
di Antonio Buonajuto	

Diritto e procedura civile

L'AVVOCATO IN MEDIAZIONE CIVILE E COMMERCIALE. LA INFORMAZIONE – PUBBLICITÀ	156
di Marino Iannone	

AUTONOMIA PRIVATA E GARANZIA DEL CREDITO	163
di Rosa Di Maio	

L'ACCOUNTABILITY NEL SISTEMA SANZIONATORIO DEL GDPR: OLTRE L'OPACITÀ DEL SISTEMA	170
di Nicola Barbuzzi	

LICENZIAMENTO PER FATTI PENALMENTE RILEVANTI COMMESSI SUL LUOGO DI LAVORO, CONDOTTE EXTRALAVORATIVE E CUSTODIA CAUTELARE	179
di Alberto Biancardo	

SUL RISARCIMENTO RELATIVO ALLA “PERDITA ANTICIPATA DELLA VITA”. <i>Nota a Cass, Sez. 3, n. 35998, 27/12/2023</i>	187
di Giulio Costanzo	

SULL'ILLEGITTIMA DISDETTA UNILATERALE DEL DATORE DI LAVORO PRIMA DELLA SUA SCADENZA. COMORTAMENTO ANTISINDACALE. <i>Nota a decreto ai sensi dell'art. 28 legge 300 del 1970 rg. 95/2022; Tribunale di Vicenza sezione Lavoro e Previdenza</i>	194
di Daniela Piras, Luigi Molvetti	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	200
a cura di Mario de Bellis	

RASSEGNA DI MERITO	203
a cura di Antonio De Simone e Walter Giacomo Caturano	

Diritto e procedura penale

APP NON FUNZIONA!: COLLABORAZIONE E INNOVAZIONE NELLA TRANSIZIONE DIGITALE DEL SISTEMA GIUDIZIARIO: UN'ANALISI DEL PROCESSO PENALE TELEMATICO E DELL'UTILIZZO DI APP	210
di Fernanda Iannone	

L'ONERE DELLA PROVA E L'OBLIGO DI MOTIVAZIONE NEL SEQUESTRO PREVENTIVO FINALIZZATO ALLA CONFISCA PER EQUIVALENTE DI BENI SOLO FORMALMENTE O FITTIZIAMENTE INTESATATI A PERSONA ESTRANEA AL REATO. <i>Commento a Tribunale di Salerno, 24 luglio 2023, ord. nn. 402 e 403</i>	218
di Alfonso Laudonia	

CONSENSO AL PATTEGGIAMENTO OTTENUTO PRIMA DELLA COSTITUZIONE DI PARTE CIVILE. AMMISSIBILITÀ DELLA COSTITUZIONE E LIQUIDAZIONE DELLE SPESE	228
a cura di Angelo Pignatelli	

RASSEGNA DI LEGITTIMITÀ	232
a cura di Andrea Alberico	
RASSEGNA DI MERITO	235
a cura di Giuseppina Marotta	

Diritto amministrativo

ESPOENZIALITÀ SENZA RAPPRESENTANZA	240
di Massimiliano Atelli	
L'AUTORIZZAZIONE ALLE INDAGINI BANCARIE: IL CONTEMPERAMENTO TRA INTERESSE FISCALE E DIRITTI DEL CONTRIBUENTE	245
di Daniela Mendola	
RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA SUL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE (<i>D.Lgs. 18 Aprile 2016, n. 50</i>)	253
a cura di Almerina Bove e Rita Garzarella	

Diritto internazionale

RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA DI DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA	258
a cura di Michele Corleto, Francesco Romanelli	

Focus

a cura di Mariano Valente, Avvocato dello Stato

DIRITTO CIVILE	
Sull'assegnazione della c.d. carta elettronica per l'aggiornamento e la formazione dei docenti anche ai precari	264
di Elia Scafuri	

DIRITTO PENALE	
La legittima difesa in ipotesi di violenza domestica: il caso "Alex Pompa"	268
di Antonia Maietta	

DIRITTO AMMINISTRATIVO	
Sul coordinamento tra la legge sull'equo compenso dei professionisti e il D.Lgs. n. 36/2023	274
di Corrado Elia	

Recensioni

RECENSIONE A "LA PENA E LA SUA ESECUZIONE IN ITALIA"	
Sergio Ricchitelli, Edizioni Giuseppe Laterza, 2023	280
di Ciro Cascone	

INDICE DELLE SENTENZE	282
-----------------------------	-----

L'Avvocato in Mediazione civile e commerciale. La Informazione – pubblicità

abstract

This contribution intends to explore the obligations of the lawyer in relation to civil and commercial mediation, considered by the national legislator as a preventive tool for citizens, mandatory in some matters, for the resolution of civil and commercial disputes. In particular, the information due to clients regarding the benefits and obligations provided for by current legislation, especially after the recent "Cartabia" amendment, which has placed significant obligations on the lawyers who technically intervene during the mediation meeting, and which defenders in the subsequent trial, where they cannot reach an agreement before the mediator.

keywords

Lawyer – mediation – information – advertising – remedies – alternative solutions to civil disputes.

abstract

Il presente contributo intende approfondire gli obblighi in capo all'avvocato in rapporto con la mediazione civile e commerciale, considerata dal legislatore nazionale strumento preventivo per i cittadini, obbligatorio in alcune materie, per la risoluzione delle liti civili e commerciali. In particolare, l'informativa dovuta ai clienti circa i benefici e gli obblighi previsti dalla vigente normativa, specie dopo la recente modifica "Cartabia", che ha posto notevoli obblighi a carico dei legali che intervengono tecnicamente durante l'incontro di mediazione, e quali difensori nel susseguente giudizio, laddove non trovino un'intesa innanzi il mediatore.

parole chiave

Avvocato – mediazione – informazione – pubblicità – rimedi – soluzioni alternative alle liti civili.

sommario

1. Premessa - Informazione - pubblicità degli strumenti alternativi. – 2. La fonte normativa. – 3. I profili dell'obbligo informativo dell'avvocato. – 3.1. Il tempo dell'informazione. – 3.2. Il contenuto dell'informazione. – 3.3. Le modalità dell'informazione. – 4. La funzione dell'obbligo di informazione. – 5. Il rimedio previsto in caso di violazione dell'obbligo informativo.

1. Premessa. Informazione - pubblicità degli strumenti alternativi

Sono circa 25 anni che, nel mercato europeo, il sistema della definizione alternativa delle controversie civili e commerciali è considerato necessario per il corretto funzionamento del mercato interno e della fiducia dei consumatori; e ciò in quanto viene ritenuto utile per risolvere le eventuali controversie in maniera semplice, rapida ed economica, e al contempo valido istituto per alleggerire la macchina processuale pubblica da un carico eccessivo del ruolo del contenzioso giudiziario.

L'evidenza di tale necessità risale al 1999, quando il Consiglio europeo invitava gli Stati membri ad istituire procedure extragiudiziali e alternative per agevolare un miglior accesso alla giustizia (riunione di Tampere del 15 e 16 ottobre 1999). Poi, il libro verde del 2002 della Commissione Europea e la successiva direttiva 2008/52/CE hanno indirizzato gli Stati membri affinché diffondessero al pubblico le informazioni su come contattare mediatori e organizzazioni che forniscono servizi di mediazione e, inoltre, incoraggiassero i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione.

In Italia, come vedremo, l'istituto della mediazione è stato avviato nel 2010, e dopo oltre un decennio si è rafforzato con la riforma Cartabia, confermando l'indirizzo secondo cui la giustizia vada amministrata innanzitutto adoperando le forme alternative al processo statale. Infatti, la normativa, così come recentemente novellata, incentiva l'utilizzo di tali strumenti, sia per la risoluzione delle liti civili (Mediazione civile e commerciale, negoziazione assistita, mediazione del consumo, mediazione familiare), ed ora anche per il contenzioso del settore penale, con la istituzione della mediazione penale.

Prima di rivolgersi al Giudice statale che, come è noto, dirime le questioni con la fredda applicazione tecnica del diritto positivo e processuale, i litiganti possono definire le vicende con l'ausilio dei propri avvocati, risolvendo la vicenda con la negoziazione assistita e, in determinati casi, con l'ausilio di un mediatore. In caso di fallimento, sarà il Giudice naturale a stabilire le ragioni dei litiganti.

Dunque, appare incontrovertibile che l'opera di in-

formazione e di diffusione degli strumenti conciliativi e della cultura della mediazione debba passare attraverso l'avvocato, a cui spetta il fondamentale compito di educare il cittadino, che a lui si rivolge, alla cultura della risoluzione delle liti fuori dal processo. Un ruolo che diventa fondamentale se il legale evita di ridurre l'informativa circa i procedimenti alternativi (ADR) ad una banale formalità, ma lo adopera quale concreto mezzo da valutare prima di intraprendere la fase del giudizio.

2. La fonte normativa

Il legislatore delegato, viste le direttive europee, ha dato attuazione al principio e criterio direttivo contenuto nella lett. n), comma 3 dell'art. 60 della legge delega n. 69 del 18 giugno 2009, laddove veniva stabilito che il Governo dovesse *prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione*.

È il terzo comma dell'art. 4 del decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 che ha introdotto, a carico dell'avvocato che riceve un mandato professionale, l'obbligo di comunicare al proprio assistito, mediante informazione che deve essere fornita chiaramente e per iscritto:

- la possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal medesimo decreto;
- le agevolazioni fiscali previste dagli articoli 17 e 20 a beneficio di chi sceglie di mediare;
- i casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

L'obbligo di informazione sulla mediazione posto in capo all'avvocato si inquadra, dunque, nell'ambito di quelle *forme di pubblicità* predisposte al fine di dare idonea divulgazione al pubblico circa la possibilità di definire le controversie attraverso il sistema conciliativo. La scelta del difensore quale destinatario dell'obbligazione informativa si giustifica in ragione del ruolo strategico svolto dallo stesso nella dinamica delle liti civili. L'avvocato, come già accennato, è il primo professionista del diritto a cui il cliente si rivolge per lo svolgimento di una prestazione di rappresentanza, assistenza o difesa, che può essere giudiziale o extragiudiziale. Ecco perché rappresenta il primo soggetto di cui avvalersi per la pubblicizzazione dell'istituto e a carico del quale è posto l'onere della informazione circa la possibilità di risolvere preventivamente la controversia senza necessariamente adottare all'opzione giudiziaria.

3. I profili dell'obbligo informativo dell'avvocato

L'informativa a carico dell'avvocato nell'ambito della mediazione, però, si qualifica come *obbligo specifico*, considerati i risvolti, il contenuto speciale e i peculiari rimedi che lo connotano.

A ben vedere, l'obbligo della corretta informazione non è una novità normativa assoluta. Già l'art. 40 del codice deontologico forense che ha preceduto la versione aggiornata¹, disponeva che *«l'avvocato è tenuto ad informare chiaramente il proprio assistito all'atto dell'incarico, delle caratteristiche e della importanza della controversia o delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzioni possibili»* della controversia. Tale obbligo, come vedremo, è stato oggetto di numerose riflessioni ed interpretazioni, sia da parte della dottrina sia dalla giurisprudenza di legittimità definendone nel tempo la portata.

3.1. il tempo dell'informazione

Innanzitutto, vediamo quando sorge l'obbligo dovere dell'avvocato di pubblicizzare² con l'informazione il cliente che a lui si rivolge.

Il legislatore delegato ha fissato il tempo in cui sorge l'obbligo di informativa a carico dell'avvocato al momento in cui questi riceve il mandato professionale, utilizzando l'espressione *«all'atto del conferimento dell'incarico»* e non *«nel primo colloquio»* come in un primo momento previsto con la legge delega 69-2009.

Qualcuno ha criticato tale scelta, ritenuta contraddittoria in quanto al momento del conferimento dell'incarico al legale, il cliente ha già maturato l'idea di agire (o ricorrere) in giudizio di modo che l'efficacia dissuasiva dell'informazione sulla possibilità di evitare il processo civile e di mediare sarebbe fortemente compromessa. Ed a ben vedere sarebbe stata più aderente allo spirito della direttiva ed alla *ratio* dell'istituto la collocazione logica e cronologica dell'obbligo di informativa sulla mediazione in un momento anteriore al conferimento dell'incarico all'avvocato, magari in sede di primo colloquio come era nella prima versione del progetto di legge.

In sede di conversione, però, anche sulla spinta del C.n.f.³, il legislatore ha accolto le osservazioni che più innanzi vedremo, perfezionando la norma nella stesura oggi vigente.

3.2. Il contenuto dell'informazione

L'art. 4, comma 3, del d.lgs. 28 del 2010 così recita: *«All'atto del conferimento dell'incarico, l'avvocato è*

¹ Oggi sostituito dall'art. 27, comma 3 ed in vigore dal 2014 "L'avvocato, all'atto del conferimento dell'incarico, deve informare chiaramente la parte assistita della possibilità di avvalersi del procedimento di negoziazione assistita e, per iscritto, della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione; deve altresì informarla dei percorsi alternativi al contenzioso giudiziario, pure previsti dalla legge".

² Il legislatore italiano ha dato attuazione alla Direttiva 2008/52/CE che nella seconda parte del 25° considerando stabiliva (*gli Stati membri*) *dovrebbero inoltre incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti delle possibilità di mediazione*.

³ La "Commissione per lo studio e le riforme del Codice di procedura civile" presso il Consiglio Nazionale Forense, nella seduta tenuta il 29 ottobre 2009 ha "suggerito" una diversa applicazione.

tenuto a informare l'assistito della possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione disciplinato dal presente decreto e delle agevolazioni fiscali di cui agli articoli 17 e 20. L'avvocato informa altresì l'assistito dei casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. L'informazione deve essere fornita chiaramente e per iscritto. In caso di violazione degli obblighi di informazione, il contratto tra l'avvocato e l'assistito è annullabile. Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione».

Dunque, per ciò che interessa in questa sede, la norma citata individua il contenuto dell'obbligo di informazione gravante sull'avvocato in relazione:

- alla possibilità di avvalersi del procedimento di mediazione;
- alle agevolazioni fiscali, come le esenzioni previste dall'art. 17 – *segnatamente i commi 1 e 2* –⁴ e i crediti di imposta previsti dall'art. 20 – *da comma 1 a 3* –⁵;
- ai casi in cui l'esperimento del procedimento di mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale⁶.

L'informativa, a ben vedere, non soltanto deve fare menzione della possibilità per il cliente di avvalersi del procedimento di mediazione (nei casi in cui è facoltativo), ma deve espressamente indicare al cliente in quali ipotesi il procedimento di mediazione è condi-

zione di procedibilità della domanda.

Tale obbligo, ovviamente, non sussiste nei casi in cui la controversia riguardi diritti indisponibili o vertenze di lavoro.

Dunque, la necessità di informare il cliente della possibilità di avvalersi di strumenti di risoluzione consensuale della controversia è identica sia nel caso di mediazione prevista dal decreto legislativo n. 28 del 2010, sia nel caso in cui il tentativo di conciliazione – sia esso obbligatorio o facoltativo – è regolato da norme speciali.

Non a caso il comma 3 dell'art. 5 del medesimo Dlgs ha stabilito che “Per assolvere alla condizione di procedibilità le parti possono anche esperire, per le materie e nei limiti ivi regolamentati, le procedure previste:

- dall'articolo 128-*bis* del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 3851 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia);
- dall'articolo 32-*ter* del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria);
- dall'articolo 187.1 del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209 (Codice delle assicurazioni private - Sistemi di risoluzione stragiudiziale delle controversie);
- dall'articolo 2, comma 24, lettera b), della legge 14 novembre 1995, n. 481 (Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità).

I tentativi obbligatori di conciliazione previsti dalle leggi speciali, peraltro, sono considerati dalla norma in commento come una alternativa rispetto al procedimento di conciliazione; si deve quindi ritenere che l'obbligo di informativa debba trovare applicazione anche nel caso in cui il procedimento di mediazione sia disciplinato da norme speciali. Tanto più se si considera che nelle materie in cui trovano applicazione norme speciali, diverse da quelle contenute nel decreto legislativo n. 28 del 2010, le parti hanno comunque la facoltà di avvalersi del procedimento di mediazione previsto dal decreto legislativo n. 28 del 2010, quale strumento facoltativo per la risoluzione consensuale delle controversie.

L'estensione dell'obbligo informativo si spiega in ragione della necessità di fornire al cliente che si accinge alla lite giudiziaria tutti quegli elementi che potrebbero indurlo a preferire, per ragioni di opportunità (la possibilità della mediazione, nei casi in cui essa è solo opzionale, connessa ai vantaggi fiscali che ne derivano), ovvero per necessità imposta (laddove l'esperimento del tentativo di conciliazione sia condizione di procedibilità dell'azione), di percorrere una via alternativa al processo civile di risoluzione della controversia.

Affinché l'informazione non sia sintetica e non si

⁴ 1. Tutti gli atti, documenti e provvedimenti relativi al procedimento di mediazione sono *esenti dall'imposta di bollo e da ogni spesa, tassa o diritto di qualsiasi specie e natura*. 2. Il verbale contenente l'accordo di conciliazione è *esente dall'imposta di registro* entro il limite di valore di centomila euro, altrimenti l'imposta è dovuta per la parte eccedente.

⁵ 1. Alle parti è riconosciuto, quando è raggiunto l'accordo di conciliazione, un credito d'imposta commisurato all'indennità corrisposta ai sensi dell'articolo 17, commi 3 e 4, fino a concorrenza di euro seicento. Nei casi di cui all'articolo 5, comma 1, e quando la mediazione è demandata dal giudice, alle parti è altresì riconosciuto un credito d'imposta commisurato al compenso corrisposto al proprio avvocato per l'assistenza nella procedura di mediazione, nei limiti previsti dai parametri forensi e fino a concorrenza di euro seicento. 2. I crediti d'imposta previsti dal comma 1 sono utilizzabili dalla parte nel limite complessivo di euro seicento per procedura e fino ad un importo massimo annuale di euro duemilaquattrocento per le persone fisiche e di euro ventiquattromila per le persone giuridiche. In caso di insuccesso della mediazione i crediti d'imposta sono ridotti della metà. 3. È riconosciuto un ulteriore credito d'imposta commisurato al contributo unificato versato dalla parte del *giudizio estinto* a seguito della conclusione di un accordo di conciliazione, nel limite dell'importo versato e fino a concorrenza di euro cinquecentodiecotto.

⁶ La legge delega n. 69/2009 all'art. 60, comma 3 lett. n) si limitava a indicare che il decreto delegato dovesse prevedere la «possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione».

sostanzi in un mero adempimento burocratico, inoltre, l'avvocato deve informare *ex ante* il proprio assistito anche delle conseguenze negative (quale l'improcedibilità dell'azione) disposte nel caso del mancato esperimento del tentativo di media-conciliazione, laddove lo stesso sia previsto come obbligatorio nelle materie indicate dall'art. 5, comma 1 del d.lgs. 28/2010.

Ed ancora: i canoni della chiarezza e della completezza dell'informazione, da un lato, e l'esigenza di massimo incoraggiamento della mediazione e della conciliazione, dall'altro, obbligano l'avvocato a rendere, altresì, adeguatamente edotto il proprio assistito delle incombenze in caso di adesione alla procedura di mediazione⁷, nonché delle possibili sanzioni per la mancata adesione, ovvero della mancata accettazione della proposta di accordo formulata dal mediatore (a titolo esemplificativo quelle *ex art. 13 d.lgs. 28/2010*⁸).

Tale obbligo informativo sussiste in ogni caso, anche laddove l'avvocato riceva l'incarico di assistere il proprio cliente durante la mediazione. Infatti, anche se vi è un giudizio in corso, "demandato" al mediatore, l'obbligo informativo sussiste ancor più, proprio per il perseguimento dell'obiettivo di decongestione del contenzioso civile, valutando la norma in chiave sistematica in combinazione con l'art. 27 del codice deontologico, con l'art. 13 del d.lgs. 28/2010 e l'art. 96 c.p.c., e la cui portata va senz'altro esplicitata al cliente.

3.3. Le modalità dell'informazione

L'art 4, comma 3 del d.lgs. 28/2010 detta indicazioni anche in ordine alla *modalità* dell'informazione, disponendo che "... deve essere fornita chiaramente e

per iscritto. ... Il documento che contiene l'informazione è sottoscritto dall'assistito e deve essere allegato all'atto introduttivo dell'eventuale giudizio. Il giudice che verifica la mancata allegazione del documento, se non provvede ai sensi dell'articolo 5, comma 1, informa la parte della facoltà di chiedere la mediazione».

La previsione dell'allegazione lascia intendere, interpretando alla lettera la disposizione in commento, che il documento comprovante l'adempimento dell'obbligo informativo deve essere materialmente unito all'atto difensivo. Il documento contenente la prova dell'informazione può essere tanto autonomo e distinto, quanto contenuto all'interno dell'atto giudiziario (ad es. in calce) se non anche nell'ambito della procura alle liti, come suggerito anche dal Consiglio Nazionale Forense nel modello di informativa⁹ predisposto dallo stesso.

La giurisprudenza di legittimità sul punto si è pronunciata affermando che "... il documento contenente l'informativa sulla mediazione, ai sensi dell'art. 4 del d.lgs. n. 28 del 2010, pur dovendo essere sottoscritto dall'assistito e allegato all'atto introduttivo del giudizio, non è equipollente alla procura "*ad litem*", dalla quale si distingue per oggetto e funzione, restando estraneo al conferimento dello "*ius postulandi*"¹⁰.

Ad un'attenta valutazione, una informazione fornita in tal modo, potrebbe contravvenire al precetto di chiarezza, perché non sufficientemente valutata e compresa dall'assistito^{11 12}.

L'obbligo di informativa ovviamente sussiste tanto nei confronti dell'attore quanto nei confronti del convenuto. Seppure la lettera della norma individua nel difensore del soggetto che introduce il giudizio il destinatario dell'obbligo, sembra più aderente alla *ratio legis* una interpretazione estensiva e al contempo sistematica e finalisticamente orientata della norma che investa dell'incombente informativo anche l'avvocato del convenuto o del resistente. Tale ampliamente-

⁷ Adesione formale da depositarsi presso la segreteria dell'O.d.m. presso cui è stata presentata la domanda di mediazione, unitamente alla procura conferita all'avvocato per l'assistenza tecnica (in caso di mediazione obbligatoria), documenti di identità e pagamento delle spese introduttive di mediazione.

⁸ Art. 13 - *Spese processuali in caso di rifiuto della proposta di conciliazione*. - 1. Quando il provvedimento che definisce il giudizio corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice esclude la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice che ha rifiutato la proposta, riferibili al periodo successivo alla formulazione della stessa, e la condanna al rimborso delle spese sostenute dalla parte soccombente relative allo stesso periodo, nonché al versamento all'entrata del bilancio dello Stato di un'ulteriore somma di importo corrispondente al contributo unificato dovuto. Resta ferma l'applicabilità degli articoli 9213 e 96, commi primo, secondo e terzo, del Codice di procedura civile. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano altresì alle spese per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. - 2. Quando il provvedimento che definisce il giudizio non corrisponde interamente al contenuto della proposta, il giudice, se ricorrono gravi ed eccezionali ragioni, può nondimeno escludere la ripetizione delle spese sostenute dalla parte vincitrice per l'indennità corrisposta al mediatore e per il compenso dovuto all'esperto di cui all'articolo 8, comma 4. Il giudice deve indicare esplicitamente, nella motivazione, le ragioni del provvedimento sulle spese di cui al periodo precedente.

⁹ <https://www.mediazioneforensecnf.it/it/obbligo-informativo-dell'avvocato>.

¹⁰ Cass. Sentenza n. 13886 del 07/07/2016 (Rv. 640327 - 01).

¹¹ All'atto dell'assunzione dell'incarico l'avvocato deve informare chiaramente il proprio assistito (anche se non vi è stata una specifica richiesta in tal senso) dei vari elementi che riguardano la lite: le caratteristiche e l'importanza della controversia, le attività da espletare, le iniziative da assumere, le possibili soluzioni (v. C.N.F. 20.1.1996, n. 77).

¹² L'obbligo informativo dell'avvocato non è soddisfatto allorché si ricorra alla clausola generica e di stile contenuta nella procura alle liti, con cui la parte dichiara di essere stata informata della possibilità di ricorrere al procedimento di mediazione; le prescrizioni di forma previste dall'art. 4 del d.lgs. 28/2010 impongono che l'informativa debba essere resa per iscritto e sia chiara, esplicita e contenuta in un atto separato (Tribunale di Varese, con ordinanza del 6 maggio 2011). Grava sull'avvocato informare il cliente della possibilità di accedere al patrocinio a spese dello Stato, altrimenti sarà responsabile di inadempimento dell'obbligo informativo (Tribunale di Verona, sezione III Civile, con la sentenza 275/2017).

to soggettivo, d'altronde, si pone in linea pure con le istanze di massima diffusione e "incoraggiamento" della cultura della mediazione ribadite dalla direttiva europea. Tanto l'avvocato dell'attore quanto quello del convenuto entrano in un rapporto giuridicamente qualificato con i potenziali litiganti e, per tale motivo, devono informare i loro clienti della possibilità e dell'obbligo di mediare nonché dei benefici fiscali possibili. L'obiettivo della deflazione del processo civile, infatti, può dirsi ugualmente soddisfatto, sia pure in misura più contenuta, anche nel caso in cui, sebbene il processo sia già stato iniziato, per impulso del convenuto (*o del resistente a seconda del rito*) si dia spazio alla procedura di mediazione. Il che si pone in linea anche con la previsione normativa di cui all'art. 5, comma 2 del decreto in esame, che attribuisce al giudice il potere di sollecitare la mediazione anche nel giudizio d'appello. Anzi, dopo la Cartabia, la funzione di controllo del giudice si è estesa, con la previsione all'art. 5-ter¹³ della improcedibilità, se viene disatteso l'invito del magistrato a esperire la mediazione (demandata). Non solo, ma con l'art. 5-quinquies, costituiscono rispettivamente, indicatori di impegno, capacità e laboriosità del magistrato il "...numero e la qualità degli affari definiti con ordinanza di mediazione o mediante accordi conciliativi".

4. La funzione dell'obbligo di informazione

Nel Codice civile, l'informazione è limitata a due sole norme¹⁴, mentre nel panorama della legislazione comunitaria europea l'informazione assume un rilievo fondamentale¹⁵.

Essa è funzionale a fornire il necessario corredo di dati che consentono di comparare le offerte disponibili con maggiore consapevolezza, per meglio ponderare l'affare, di valutarne la convenienza, di decidere se concludere o no il contratto, nonché di negoziare con maggiore potere contrattuale i termini dell'eventuale futuro accordo. Così, è del tutto evidente che

l'impianto normativo elaborato cerca di evitare sia uno squilibrio sul piano del potere negoziale, sia l'inevitabile inefficienza sul piano degli scambi commerciali, tra chi ha maggiore potere o informazioni, e chi ne ha meno, con effetti distorsivi dei rapporti economici che, moltiplicati, coinvolgono il corretto funzionamento dell'intero mercato europeo.

In dottrina l'incongruenza è meglio conosciuta come il problema delle cc.dd. asimmetrie informative¹⁶, le cui conseguenze furono per la prima volta messe in luce dall'economista George A. Akerlof che, analizzando come esempio significativo il mercato delle auto usate le cui qualità sono note soltanto ai venditori, giungeva alla conclusione che la presenza di asimmetrie informative dà luogo ad un "fallimento del mercato", all'impossibilità, cioè, per il mercato di realizzare un ottimo socialmente soddisfacente in termini di efficienza ed equità.

Per circoscriverne le conseguenze gli organismi dell'Unione Europea hanno introdotto, appunto, una diffusa serie di obblighi informativi di ampia portata applicativa che mirano a ristabilire un *minimum* di equilibrio tra la parte debole e quella forte del contratto, nonché a garantire un esercizio efficiente dell'autonomia contrattuale idoneo attraverso assetti regolamentari congrui e adeguati rispetto agli interessi perseguiti.

E così, l'obbligo informativo posto in capo all'avvocato, a norma dell'art. 4 del d.lgs. 28/2010, risponde alle suddette esigenze.

L'avvocato deve, dunque, necessariamente informare il cittadino che a lui si rivolge della possibilità o l'obbligo di esperire la procedura conciliativa (unitamente ai benefici fiscali che derivano da siffatta opzione) in alternativa al rito civile, e dovrebbe rendere, altresì, edotto il proprio cliente della non indefettibilità della causa ordinaria nonché della non necessità del patrocinio legale (nei casi di mediazione facoltativa), fornendo alla parte un complesso di informazioni che gli consentono di esercitare con un più elevato grado di cognizione ed in modo efficiente la propria autonomia contrattuale. Non solo decidendo *in primis* se stipulare o meno il contratto di patrocinio con il proprio rappresentante legale di fiducia¹⁷, ma, altresì, autodeterminandosi *cognita causa* sulle regole pattizie e sul contenuto di esso.

¹³ Art. 5-*quater* Mediazione demandata dal giudice. – 1. Il giudice, anche in sede di giudizio di appello, fino al momento della precisazione delle conclusioni, valutata la natura della causa, lo stato dell'istruzione, il comportamento delle parti e ogni altra circostanza, può disporre, con ordinanza motivata, l'esperimento di un procedimento di mediazione. Con la stessa ordinanza fissa la successiva udienza dopo la scadenza del termine di cui all'articolo 6. – 2. La mediazione demandata dal giudice è condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Si applica l'articolo 5, commi 4, 5 e 6. – 3. All'udienza di cui al comma 1, quando la mediazione non risulta esperita, il giudice dichiara l'improcedibilità della domanda giudiziale.

¹⁴ Le uniche due norme che prevedono un obbligo di informazione sono quelle contenute negli artt. 1337 e 1338 c.c. L'attribuzione anche alla clausola di *buona fede*, intesa in senso cooperativo e solidaristico del ruolo come fonte di obblighi informativi, è opera della dottrina e della giurisprudenza.

¹⁵ Ai sensi dell'art. 2 del codice del consumo (d.lgs. 206/2005) l'informazione adeguata costituisce uno dei diritti fondamentali del consumatore e dell'utente

¹⁶ Definizione Cfr. M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova 2002; G. VETTORI, *Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Rivista di diritto privato*, 2003; S. GRUNDMANN, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Europa e diritto privato*, 2001, pp. 277 ss. rileva il carattere strutturale delle asimmetrie informative.

¹⁷ Proprio tale assunto induce a leggere in chiave critica l'individuazione del momento in cui il legislatore delegato, cedendo alle istanze della classe forense, ha fissato l'insorgere dell'obbligo informativo a carico dell'avvocato.

5. Il rimedio previsto in caso di violazione dell'obbligo informativo

La direttiva n. 2008/52/CE non prevedeva espressamente alcun rimedio in caso di violazione dell'obbligo informativo, limitandosi a stabilire che gli Stati membri avrebbero dovuto «*incoraggiare i professionisti del diritto a informare i loro clienti della possibilità di mediazione*». E la legge delega, a seguito della direttiva, disponeva che il decreto delegato avrebbe dovuto prevedere il dovere dell'avvocato di informare il cliente, prima dell'instaurazione del giudizio, della possibilità di avvalersi dell'istituto della conciliazione, nonché di ricorrere agli organismi di conciliazione senza prescrivere alcun rimedio in caso di violazione dell'obbligo *de quo*.

Tuttavia, per garantire una tutela effettiva all'assistito, il decreto legislativo, nella versione aggiornata alla "Cartabia", ha inserito lo specifico rimedio in caso di inadempimento dell'obbligo informativo, prevedendo l'annullabilità del contratto stipulato tra il professionista e il proprio cliente.

Nella originaria formulazione del decreto legislativo, invero, l'informazione era perfino prevista «a pena di nullità del contratto concluso con l'assistito». Anche su tale punto – come per l'individuazione del momento in cui deve essere fornita l'informazione – il legislatore ha accolto i suggerimenti del mondo dell'avvocatura, che ha proposto di modificare la previsione relativa alla patologia del contratto tra avvocato reticente e cliente non informato, sostituendo la nullità con la patologia meno grave dell'annullabilità¹⁸.

Ed a ben vedere, nella prospettiva dicotomica del Codice civile (*nullità/annullabilità*), la scelta dell'annullabilità quale presidio posto a salvaguardia dell'informazione del cliente appare adatta ed appropriata, perché meglio rispondenti alla tutela dell'assistito. Infatti, la legittimazione attiva alla domanda di annullamento del contratto – spettante esclusivamente alla parte nel cui interesse è stabilita dalla legge (art. 1441 c.c.) – consente allo stesso cliente non informato la valutazione dei costi/benefici conseguenti all'annullamento medesimo¹⁹. Del pari, anche le regole sulla

possibilità di convalidare il contratto (rimessa anch'essa esclusivamente al cliente) e sulla prescrizione quinquennale dell'azione appaiono coerenti rispettivamente con la tutela dell'assistito e l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Ancora, l'efficacia precaria e la cessazione degli effetti *ex nunc* del negozio annullabile si pongono in linea con l'esigenza di conservazione degli effetti prodotti di guisa che il cliente possa evitare di subire le conseguenze negative della declaratoria di annullamento del contratto.

Ove il legislatore avesse, viceversa, optato per la nullità, la stessa avrebbe potuto essere fatta valere da ogni interessato ed essere rilevata d'ufficio dal giudice, la relativa azione sarebbe stata imprescrittibile, il negozio non avrebbe potuto essere sanato, l'inefficacia avrebbe operato *ex tunc*²⁰.

A parer nostro risulta maggiormente aderente all'impianto normativo vigente la visione secondo cui la scelta del rimedio dell'annullabilità è preferibile perché:

- non è rilevabile d'ufficio;
- è subordinata all'iniziativa di parte;
- è suscettibile di convalida;
- consente al difensore, in virtù dell'applicazione dell'art. 2041 c.c., di ottenere un compenso per le prestazioni svolte.

Vi sarebbe una sostanziale equiparazione, dal punto di vista degli effetti sostanziali, tra l'annullabilità e l'esercizio del diritto di recesso del cliente, senza che questo richieda comunque alcuna giustificazione stante la natura fiduciaria del rapporto.

Tuttavia, in caso di recesso il cliente deve pagare il compenso per l'opera ricevuta mentre nel caso di annullamento il difensore potrebbe chiedere solo un indennizzo ex art. 2041 cc; è esclusa un'applicazione

cato – cliente.

²⁰ La relazione illustrativa ha chiarito che l'annullabilità in esame, in ogni caso, investe esclusivamente il contratto di patrocinio senza riverberarsi sulla validità della procura. Siffatto meccanismo rispetta gli orientamenti della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale la procura alle liti, come atto interamente disciplinato dalla legge processuale, è insensibile alla sorte del contratto di patrocinio la cui invalidità non toglie quindi al difensore lo *ius postulandi* attribuito con la procura (Cass. n. 8388/1997 in *Foro italiano rep.*, 1997, voce *Procedimento civile*, n. 114, nonché Cass. n. 13963/2006 in *Foro italiano rep.*, 2006, voce *Avvocato*, n. 101. Al riguardo già la Cass. con le sentenze n. 10454/2002 e n. 13963/2006 ha chiarito che «in tema di attività professionale svolta da avvocati, mentre la procura *ad litem* costituisce un negozio unilaterale con il quale il difensore viene investito del potere di rappresentare la parte in giudizio, il mandato sostanziale costituisce un negozio bilaterale (cosiddetto contratto di patrocinio) con il quale il professionista viene incaricato, secondo lo schema negoziale che è proprio del mandato, di svolgere la sua opera professionale in favore della parte. Ne consegue che, ai fini della conclusione del contratto di patrocinio, non è indispensabile il rilascio di una procura *ad litem*, essendo questa necessaria solo per lo svolgimento dell'attività processuale, e che non è richiesta la forma scritta, vigendo per il mandato il principio di libertà di forma».

¹⁸ La Commissione per lo studio e le riforme del codice di procedura civile istituita presso il Consiglio nazionale forense ha evidenziato sul punto, con apposito documento, che la nullità del contratto concluso tra avvocato e cliente, non sarebbe stata in linea con le norme codicistiche che disciplinano tale patologia del contratto, ed avrebbe costituito un eccesso rispetto sia alla legge delega sia alla direttiva, che nessuna indicazione prevedono in merito alla sorte del contratto nel caso di omessa informazione.

¹⁹ Il Tribunale di Varese, in una ordinanza del 2010, ha sancito che la sanzione dell'annullabilità del contratto di patrocinio comporta l'applicazione dell'art. 1441, comma 1 c.c., a norma del quale «l'annullamento del contratto può essere domandato solo dalla parte nel cui interesse è stabilito dalla legge». Ne deriva che la violazione dell'obbligo informativo può essere eccepita esclusivamente dall'assistito e non anche dalla controparte processuale, in quanto solo la parte nel cui interesse è stabilita può far valere l'annullabilità del contratto, che afferisce al solo rapporto avvo-

diretta della tariffa professionale che può essere utilizzata solo come parametro di valutazione e come limite massimo della liquidazione (Cass. n. 21292 del 2007, in Foro it., Rep. 2007, voce arricchimento senza causa, n. 22)²¹.

Deve, in ogni caso, porsi nel debito rilievo che il legislatore, sanzionando con l'annullabilità la violazione di una regola di comportamento – quale è quella relativa all'obbligo di fornire l'informazione – ha introdotto una nuova, esplicita, eccezione al principio di non interferenza tra regole di validità e regole di comportamento, ribadito dalla Cassazione a Sezioni Unite con le sentenze 19 dicembre 2007, nn. 26724 e 26725.

L'annullabilità in esame si presenta inoltre, come *sui generis* alla luce sia della rilevanza d'ufficio della improcedibilità dell'azione, nel caso di mancato esperimento del procedimento di mediazione laddove questa sia prevista come obbligatoria, sia del potere del giudice che verifica la mancata allegazione del documento *ex art. 4, comma 3* di informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione. Peculiarità che accosterebbero l'invalidità *de qua* alla figura della nullità piuttosto che a quella dell'annullabilità.

Per completezza, va comunque rammentato come, nello schema del decreto legislativo, si fosse optato per la nullità *di protezione*, quale nuova figura di invalidità che è «irriducibile ai caratteri e alle regole codificate»²².

Si tratta di una nullità conformativa del regolamento contrattuale che modella l'assetto pattizio definito dai contraenti, espungendo dal contratto solo quelle regole inefficienti ed ingiuste, e lasciando intatto il resto del contenuto contrattuale²³, non più necessariamente collocata a tutela esclusiva dell'interesse fondamentale dell'ordinamento.

Secondo la dottrina nell'ordinamento regolato dal Codice civile, mentre l'annullabilità è un rimedio per la tutela dell'interesse particolare di una delle parti, la nullità tutela l'interesse «complessivo negoziale e della sua funzionalità oggettiva» nonché dei valori generali ed indisponibili della collettività (valori fondamentali

del sistema)²⁴.

Nell'ambito delle nuove nullità, invece, vi è un intimo quanto indissolubile nesso di tutela tra l'interesse particolare di uno dei soggetti del rapporto e quello generale dell'ordinamento. Anzi, la salvaguardia della posizione del singolo è funzionale rispetto alla protezione dell'interesse generale. E così, le nullità di protezione che colpiscono i contratti del consumatore mirano a proteggere, sia l'interesse del singolo consumatore che ha posto in essere lo scambio, sia l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato.

Il carattere imperativo dell'art. 4 del d.lgs. 28/2010 farebbe propendere verso la nullità di protezione. Infatti, la norma precettiva dell'obbligo di informazione a carico dell'avvocato – al pari delle norme che prevedono un obbligo di informare – si presenta come norma imperativa ed inderogabile, proprio perché vi è, da un lato, la tutela del singolo affinché possa beneficiare di un regolamento efficiente (rispondente cioè ai propri interessi) ai fini della risoluzione della controversia in modo più rapido, efficace ed economico; dall'altro lato, la protezione di un interesse generale²⁵ diretto al corretto e migliore funzionamento del sistema processuale civile.

Pertanto, appare ritenerla una *nullità di protezione* proprio perché il legislatore, pur optando per l'annullabilità del contratto di patrocinio, ha introdotto regole correttive (quali la rilevanza d'ufficio della mancata mediazione di cui all'art. 5 del d.lgs. 28/2010, e il potere *ex officio* di informare la parte della facoltà di chiedere la mediazione), che pongono il rimedio rispetto alla nullità di protezione.

²¹ F. CUOMO ULLOA, *Accesso alla mediazione (commento all'art. 4 d.lgs. 28/2010)*. Occorre osservare, in ogni caso, che l'analogia tra i due rimedi deve arrestarsi al piano degli effetti sostanziali, se si pensa che il recesso opera sul piano degli effetti, mentre l'annullabilità opera prima ancora sul piano della validità dell'atto.

²² V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo: quadro di sintesi*.

²³ Evidenzia tali trasformazioni V. SCALISI, *Autonomia privata e regole di validità: le nullità conformative*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, pp. 375 ss.; dello stesso Autore vedi pure: *Dal controllo dell'atto al governo del regolamento*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano 2011, pp. 153 ss. già in *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano 2005, pp. 671 e ss. con il titolo *Equilibrio e giustizia contrattuale (dal controllo dell'atto al controllo del regolamento)*.

²⁴ In questi termini R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, cit., p. 13. Ed ancora R. TOMMASINI, E. LA ROSA, *Dell'azione di annullamento*, cit., pp. 13 e 14; V. Roppo, *Il contratto*, in *Tratt. dir. priv.* (a cura di IUDICA e ZATTI), Milano, 2001, p. 754. Secondo L. PUCCINI, *Studi sulla nullità relativa*, Milano 1967, p. 92, nella nullità vi è una interferenza tra interesse statale e autonomia privata mentre altri Autori invocano il concetto di interesse pubblico (P. TRIMARCHI, *Appunti sulla invalidità del negozio giuridico*, in *Temi* 1955, p. 201; F. MESSINEO, *Annulabilità e annullamento (diritto privato)*, (voce) in *Enciclopedia del diritto*, vol. II, Milano 1958, p. 470) statale (S. ROMANO, *Autonomia privata (Appunti)*, Milano 1957, p. 116) o sociale (F. LUCARELLI, *Lesione d'interesse e annullamento del contratto*, Milano 1964, p. 197).

²⁵ In tal senso F. RENDE, *Le regole di informazione nel diritto europeo dei contratti*, in *Rivista di diritto civile*, 2012, 2, p. 196. ss., «l'imperatività della regola è sicura in quanto l'obbligo di informazione travalica gli angusti confini della salvaguardia di posizioni individuali, per divenire anche fondamentale strumento di garanzia del corretto andamento del mercato».

Rosa Di Maio

Dottore di ricerca presso l'Università di Caserta "Luigi Vanvitelli"

Autonomia privata e garanzia del credito

abstract

This work intends explore the possibility on the part of the contractors to be able to create forms of credit guarantee, unforeseen in typical code hypotheses. The hypothesis focuses on the interrelation that exists between private autonomy and limits referred to art. 2740 c.c. as Wells as art. 2744 c.c. The main limit to the forms of contractual guarantee is constituted precisely by the prohibition of compensatory agreement. The examination of the matter, begins from the envisaged code hypotheses and focuses on alienation as a guarantee. Then, the financial market offers the cue for in - depth analysis and diamine lease backup and attached jurisprudential guidance.

keywords

Contractual autonomy – Prohibition of compensatory agreement – Disposals in guarantee functions – Lease back – Law/jurisprudence.

abstract

Il presente lavoro intende esplorare la possibilità da parte dei contraenti di poter creare forme di garanzia del credito, non previste in ipotesi tipiche codicistiche. L'analisi si sofferma sulla interrelazione che vi è tra autonomia privata ed i limiti di cui all'art. 2740 c.c. nonché l'art. 2744 c.c.. Il limite principale alle forme di garanzia contrattuale è costituito proprio dal divieto del patto commissorio. L'esame della vicenda parte dalle ipotesi codicistiche previste e si sofferma sulle alienazioni in funzione di garanzia. Il mercato finanziario offre poi lo spunto per l'approfondimento e la disamina del lease-back e l'orientamento giurisprudenziale annesso.

parole chiave

Autonomia contrattuale – Divieto del patto commissorio – Alienazioni in funzioni di garanzia – Lease-back – Giurisprudenza.

sommario

1. Esigenze di garanzia del credito. – 2. Limiti all'autonomia privata del credito: il divieto del patto commissorio. – 3. Ipotesi codicistiche. – 4. Il contratto di lease-back.

1. Esigenze di garanzia del credito

In un'economia aperta, nella quale lo sviluppo dell'impresa e dei consumi è strettamente dipendente dalle modalità di accesso ai finanziamenti, si avverte sempre più l'esigenza di garanzie del credito che assicurino maggiore elasticità e duttilità rispetto agli istituti definiti e regolati dalla legge¹.

Nell'arco degli ultimi anni la notevole evoluzione della realtà economica ha messo a dura prova la stabilità dei tradizionali istituti codicistici di sicurezza del credito, i quali, modellati sulle esigenze di una esperienza socio-economica ben più arretrata rispetto a quella odierna, hanno subito molteplici sollecitazioni ad opera della prassi².

L'insoddisfazione per gli schemi legali, nominati di protezione del credito, si manifesta attualmente su due versanti: quello, anzitutto, della struttura della garanzia tipica e degli effetti che ne conseguono, nonché dei poteri che essa conferisce alle parti, i quali possono apparire non conformi agli obiettivi concreti perseguiti dai contraenti, così da indurli a ricercare una diversa sistemazione giuridica dei loro rapporti; sul versante della attuazione degli effetti giuridici della garanzia tipica, la quale potrebbe presentarsi in sé astrattamente rispondente alle esigenze dei contraenti, ma che non di rado è ritenuta inaccettabile per la scarsa efficienza dei mezzi di esecuzione processuale previsti dalla legge³.

¹ A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da G. LUDICA e P. ZATTI, 1990, pp. 23 ss.; G.B. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, pp. 1 ss.; L. PIAZZA, *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1990, pp. 4-6; C. LICINI, *Le tecniche moderne di garanzia nella prassi notarile*, in *Riv. notar.*, 1996, pp. 1001 ss., 1004 ss.; con specifico riferimento alle tendenze evolutive del settore dei privilegi, anche con cenni di diritto comparato, si rimanda a G. TUCCI, *Riforma dei privilegi e finanziamento dell'impresa*, in *Legislazione economica*, sett. 1978- ago. 1979, a cura di F. VASSALLI - G. VISENTINI, Milano, 1981, pp. 187 ss.; ID., *I privilegi*, in *Tratt. dir. priv.* diretto da P. RESCIGNO, 19, Torino, 1985, pp. 449 ss.; 466 ss.

² A. GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da LUDICA e ZATTI, 1990, pp. 23 ss.; G. PORTALE, *Le garanzie bancarie internazionali*, Milano, 1989, p. 1 ss.; L. PIAZZA, *Garanzia. I) Diritto civile*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1990, p. 4 s.

³ F. NAPPI, *Studi sulle garanzie personali. Un percorso transnazionale verso una scienza civilistica europea*, Torino, 1997; G. BISCONTINI, *Assunzione di debito e garanzia del credito*, Napoli, 1993; G. BOZZI, *L'autonomia negoziale nel sistema delle garanzie*

Attualmente si ritiene che i privati – anche non legittimati a creare nuove forme di garanzia reale rispetto a quelle tipiche – possano adattare la funzione di garanzia del negozio costitutivo del diritto di pegno alle circostanze concrete, possano cioè produrre gli effetti della garanzia reale tipica attraverso l'utilizzo di tecniche contrattuali parzialmente diverse da quelle legali⁴.

L'elaborazione di nuovi strumenti di garanzia, reale e personale sono il riflesso dell'emergere della necessità di dare forma giuridica a nuove figure di circolazione della ricchezza e di sistemazione dei rapporti economici.

In particolare, nel settore del finanziamento all'impresa, si assiste, parallelamente al sorgere di nuove forme di erogazione del credito, alla creazione di nuovi strumenti di garanzia⁵.

La rigidità del riferimento legale delle garanzie reali del credito ha visto opporsi una prassi che ha cercato di aprire il settore del diritto patrimoniale a schemi diversi, attraverso strumenti più semplici e versatili predisposti dal diritto delle obbligazioni e dei contratti.

Le fattispecie più ricorrenti nella giurisprudenza sono costituite da vendite sospensivamente o risolutivamente condizionate all'inadempimento del debitore, oppure da vendite con annesso patto di ricompera, di riscatto o di retrovendita. La struttura negoziale di tali figure, che si presta ad una finalità di garanzia, si attua attraverso il trasferimento allo stesso creditore a titolo temporaneo e provvisorio del diritto pieno di proprietà.

In tali casi, la funzione di garanzia non si attuerebbe, quindi, attraverso la realizzazione dei vincoli tipici di garanzia per l'impossibilità di ravvisarvi l'esercizio

dei diritti di prelazione e di sequela. Per quanto concerne la prelazione, è chiaro che il creditore insoddisfatto farebbe valere nei confronti degli altri creditori la conseguita proprietà del bene e non già un diritto di prelazione nel processo esecutivo; per quanto poi concerne il diritto di sequela, è altrettanto chiaro che il creditore farebbe valere nei confronti dei terzi la priorità del suo acquisto e non già il diritto di seguito proprio dei vincoli pignoratizi e ipotecari.

Tali trasferimenti di proprietà in funzione di garanzia sono denominate dalla dottrina alienazioni in funzione di garanzia⁶.

Da qui l'esigenza di verificare nell'attuale panorama giuridico entro quali limiti è consentito all'autonomia privata regolare la fase del rapporto obbligatorio, successiva all'inadempimento.

2. Limiti all'autonomia privata del credito: il divieto del patto commissorio

L'autonomia contrattuale è molto ampia, salvo i limiti imposti dalla legge e dal vaglio di meritevolezza, secondo l'ordinamento giuridico del contratto atipico. Questa tendenza spiccatamente elastica, sebbene entro certi limiti, caratterizza la libertà di predeterminazione del contenuto contrattuale. Essa, in particolare, si è affermata con forza nell'ambito delle garanzie personali e patrimoniali del credito, anche in parziale sovrapposizione alla garanzia patrimoniale generica di cui all'art 2740 c.c. Da ciò se ne deduce, quindi, che l'autonomia contrattuale non può derogare al disposto di cui all'art 2740 c.c., ma può solo prevedere degli strumenti più incisivi che ne rafforzino la portata. La ratio di tale limitazione va ravvisata nell'esigenza di garantire il principio di par condicio creditorum, ossia il generale principio secondo cui ciascun creditore ha uguale diritto di essere soddisfatto sui beni del debitore, salvo il caso in cui esistano cause legittime di prelazione.

Dunque, l'atipicità delle garanzie si scontra, inevitabilmente, con il limite posto dalla disposizione di cui all'art. 2740 c.c. che non consente di derogare, se non per legge, alla garanzia patrimoniale generica ma solo di rafforzarla. Inoltre, un ulteriore ostacolo al riconoscimento esplicito di garanzie atipiche è rappresentato, per quanto riguarda le garanzie reali atipiche, dal fatto che, essendo le due, delle garanzie reali legislativamente previste, diritti reali sub specie di garanzia, esse mutuano dai diritti reali le caratteristiche della tipicità e del *numerus clausus*. Nel sistema del diritto civile è immanente, infatti, l'esigenza di tassatività con riguardo al pegno ed ipoteca, i quali, trattandosi di diritti reali mutuano dai diritti reali ordinari le caratteristiche principali, ossia inerenza del diritto al bene cui accede, ambulatorietà, assolutezza od opponibilità erga omnes del vincolo costitutivo e tassatività. Tale tassatività è il

personalì, Napoli, 1990; M. VIALE, *Le garanzie bancarie*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, XVIII, Padova, 1994, pp. 69 ss.; G. CHINÈ, *Fideiussione omnibus e contratto autonomo di garanzia*, in *Gius.*, 1996, pp. 93 ss.; tra le disamine che si occupano sia di garanzie personali che reali, ricche di riferimenti giurisprudenziali, v. M. SESTA, *Le garanzie atipiche*, I, Padova, 1988, pp. 455 ss.; R. DE NICTOLIS, *Nuove garanzie personali e reali*, Padova, 1998, pp. 20 ss.; 207 ss., 375 ss.; in prospettiva geograficamente allargata: G. CHINÈ, *I contratti di garanzia*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. LIPARI, II, Padova, 1997, pp. 894 ss.

⁴ PIEPOLI, *Garanzie sulle merci e spopolamento*, Napoli, 1980; E. GABRIELLI, *Il pegno "anomalo"*, Padova 1990; ID., *Pegno*, in *Disg. disc. priv.*, XIII, 1995, p. 329; G. CHINÈ, *Il pegno rotativo tra realtà e con sensualità*, in *Giur. it.*, 1996, I, 2, p. 569 ss.; P. PISCITELLO, *Le garanzie bancarie flottanti*, Torino, 1999, p. 72 ss.

⁵ GAMBARO, *La proprietà*, in *Trattato di dir. priv.* diretto da G. LUDICA e P. ZATTI, Milano, 1990, p. 67; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da R. SACCO, Torino, 1993, t. II, p. 66; P. RESCIGNO, *Note sulla atipicità contrattuale (a proposito di integrazione dei mercati e nuovi contratti di impresa)*, in *Contr. e impr.*, 1990, p. 52; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, pp. 242 ss.; M. COSTANZA, *Numerus clausus dei diritti reali*, in *Studi in onore di Grassetti*, I, Milano, 1980, pp. 421 ss.; EAD., *Il contratto atipico*, Milano, 1981, pp. 141 ss.; ALB. CANDIAN, *Il contratto di trasferimento di volumetria*, Milano, 1990, p. 87.

⁶ C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissario*, Milano, 1957 p. 117 ss.

corollario del principio della par condicio creditorum.

Ulteriore limite è rappresentato dal divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

La liceità dell'utilizzo di questi schemi negoziali è spesso posta in discussione con il divieto del patto commissorio, comminato dall'art. 2744 c.c. Obbligato punto di partenza è proprio la norma attraverso le ricostruzioni dottrinarie e l'analisi giurisprudenziale culminante con l'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione del 1989.

L'art. 2744 c.c. definisce il patto commissorio come "il patto con il quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore". La norma prosegue affermando che "il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno"⁷.

Tale patto viene definito "patto commissorio"⁸: la norma vieta l'alienazione del bene oggetto del diritto reale di garanzia, sottoposta alla condizione dell'inadempimento del credito⁹.

Secondo l'impostazione tradizionale, il divieto del patto commissorio è previsto a tutela dell'interesse della parte debole del rapporto obbligatorio, il debitore, affinché questo soggetto, trovandosi in una situazione di coazione morale nei confronti del creditore, non subisca gli effetti di quella coazione¹⁰. L'intento del legislatore è di evitare che nel campo dei rapporti di garanzia prevalga una convenzione in cui, la più debole posizione del debitore, offrirebbe gli estremi per un costante abuso economico a danno di quest'ultimo. La nullità del patto si spiegherebbe in base ad un interesse generale a prevenire una convenzione che, se lecita, verrebbe utilizzata sistematicamente, alterando lo svolgimento dei rapporti privati. È, infatti, un dato non contestabile che la liceità del patto commissorio condurrebbe ad un suo sistematico inserimento nei negozi di garanzia, fino a sovvertire radicalmente il sistema delle garanzie reali, determinando una costante deroga alle norme sulla esecuzione coattiva del credito

e la pratica sostituzione con un meccanismo di autosoddisfacimento convenzionale del creditore, mediante l'appropriazione diretta del bene¹¹.

Parte della dottrina ha infatti sostenuto che il patto commissorio non è riconosciuto meritevole di tutela, in quanto attribuisce al creditore poteri incontrollabili di autosoddisfacimento e tende in tal modo ad attuare un assetto di interessi riprovevole, perché contrario alla funzione stessa della responsabilità patrimoniale. L'illiceità del patto sarebbe contraria a un principio di ordine pubblico economico quale è quello che commisura la soggezione del patrimonio del debitore all'ammontare del debito¹².

O piuttosto, come sostiene un'altra ricostruzione, il patto sarebbe contrario ad una norma imperativa (v. art. 1418 I comma) dettata per la tutela del debitore contro le insidie, ricatti, gli abusi, le speculazioni, e che trova riscontro in numerose altre norme di diritto positivo¹³.

Altra parte della dottrina, ha ritenuto che il divieto fosse posto a presidio del divieto di cumulo della garanzia generica ex art. 2740 c.c. e di quella specifica derivante dal pegno o dall'ipoteca, visto che nulla impedirebbe al creditore fortemente tutelato da un eventuale patto commissorio di aggredire, dopo essersi appropriato della res, il restante patrimonio del debitore¹⁴.

La Corte di Cassazione, Sez. II civile, con sent. 3 febbraio 2012, n. 1675 ha deciso una rilevante questione in tema di disciplina del patto commissorio e di modalità della sua effettuazione¹⁵.

¹¹ F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 57. Un'ipotesi, quella della appropriazione del bene oggetto della garanzia, che è prevista in via di eccezione dall'ordinamento (art. 2798 cc.) e mai in forma di effetto automatico e definitivo dell'inadempimento, ma sottoposta ad un meccanismo di controllo giudiziale della congruità del valore del bene rispetto al credito.

¹² U. CARNEVALI voce *Patto commissorio*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 501.

¹³ S.C. 736/1977.

¹⁴ S.C. 13708/1999.

¹⁵ Il caso deciso dalla Cassazione prende le mosse da un atto di citazione notificato il 3 gennaio 2001, con cui la Alfa s.r.l. convenne in giudizio, dinanzi al Tribunale di primo grado, la Beta s.r.l. per sentire dichiarare la nullità dell'atto notarile di vendita, rogato da un notaio napoletano, del 30 dicembre 1998, nonché del contratto di locazione del 30 dicembre 1998 e del patto di opzione al riacquisto anch'esso del 30 dicembre 1998, perché tutti stipulati in frode alla legge, in violazione degli artt. 1344 e 2744 cod. civ. Nella ricostruzione della Sezione, la società attrice espose di avere alienato alla convenuta, con il citato atto pubblico, l'immobile di sua proprietà per il prezzo di lire 2.600.000.000; che il prezzo pattuito era stato in parte corrisposto dall'acquirente contestualmente alla stipula dell'atto pubblico di compravendita e, per il residuo, mediante accollo da parte dell'acquirente di mutui ipotecari contratti dalla Alfa s.r.l. con le Gamma e Delta s.p.a.; che unitamente alla stipula del contratto di compravendita era stato sottoscritto, nella stessa data e tra le stesse parti, un contratto di locazione, con cui l'acquirente aveva locato alla venditrice l'immobile oggetto del primo contratto; che con diversa scrittura privata la Beta s.r.l. aveva stipulato con la Alfa un patto

⁷ V. LOJACONO, *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*, Milano, 1952, p. 32 ss.; C. M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 86 ss.; A. BURDESE, *Lex Commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Le garanzie reali*, Padova, 1963, p. 42 ss.

⁸ RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. di dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, Milano, 1971, 1027-1028, v. *amplius* GIANCIPOLI, *Il patto commissorio e le alienazioni immediatamente traslative*, in *Vita not.*, 1999, 1644 e ss.; ampissime citazioni giurisprudenziali in CANESSA, *Vendita con patto di riscatto e patto commissorio*, in *Giust. civ.*, 1989, I, 2426-2427 e soprattutto ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 11-45. *Contra* Cass., sez. II, 20 giugno 2008, n. 16953, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1435 e ss.

⁹ C.M. BIANCA, *Il divieto del patto commissorio*, Milano, 1957, p. 114.

¹⁰ D. RUBINO, *La Compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da CICU e MESSINEO, II ed., rist., Milano, 1971, p. 1025.

La Giurisprudenza ha esteso il campo d'applicazione del divieto, dichiarando nulle, per frode alla legge ex art. 1344 c.c., operazioni negoziali che realizzano con qualunque atto negoziale gli stessi effetti di un patto commissorio, mentre ha ritenuto valide le operazioni di vendita con effetti di garanzia, ove fosse previsto che il creditore corrispondesse al debitore la differenza tra l'ammontare del credito ed il valore del bene trasferito (c.d. patto marciano).

“La Corte ha sostenuto che incorre nella sanzione della nullità per violazione del divieto del patto commissorio posto dall'art. 2744 cod. civ. la convenzione mediante la quale le parti abbiano inteso costituire, con un determinato bene, una garanzia reale in funzione di un mutuo, istituendo un nesso teleologico o strumentale tra la vendita del bene ed il mutuo, in vista del perseguimento di un risultato finale consistente nel

di opzione, in base al quale era stata riconosciuta a quest'ultima la facoltà di riacquistare la proprietà dell'immobile oggetto della compravendita contro il versamento della somma delle vecchie lire 2.800.000.000, oltre all'IVA, cifra da rivalutarsi in base ad un tasso annuo pari all'8%.

Tanto premesso, l'attrice concluse per l'accoglimento delle seguenti conclusioni: (a) accertare il collegamento negoziale tra il contratto di compravendita, il contratto di locazione ed il patto di opzione; (b) accertare che l'effetto realizzato dal complesso delle predette pattuizioni non era quello di pattuire un prezzo come corrispettivo di una compravendita, bensì quello di mutuarne una somma, costituendo allo stesso tempo una garanzia reale in favore del mutuante, garanzia rappresentata dal trasferimento dell'immobile; (c) dichiarare, quindi, la nullità dei contratti, perché in frode alla legge, e condannare la convenuta alla restituzione dei canoni di locazione. Si costituì la convenuta, resistendo, ed in via subordinata chiedendo, a mezzo di riconvenzionale e per l'ipotesi di accoglimento della domanda dell'attrice, la condanna della Alfa alla restituzione delle somme indebitamente ricevute. Il Tribunale adito, con sentenza depositata in data 20 gennaio 2005, rigettò la domanda della Alfa. La Corte d'appello, con sentenza resa pubblica mediante deposito in cancelleria il 5 febbraio 2010, ha respinto il gravame della Alfa. La Corte territoriale ha premesso che la domanda di nullità di una compravendita, finalizzata alla configurabilità di un patto commissorio, non può prescindere dalla dimostrazione dell'esistenza tra le parti di un accordo preventivo, in virtù del quale, da un lato, il debitore consenta che il trasferimento del bene sia la conseguenza della mancata estinzione del debito e, dall'altro lato, il creditore realizzi un arricchimento ingiustificato in danno della controparte. Nella specie – ha rilevato la Corte – la società appellante non ha dimostrato il preesistente rapporto obbligatorio con l'acquirente Beta né, tanto meno, il preesistente contratto di mutuo e la debolezza economica della predetta alienante. Con l'operazione economica intervenuta – ha sottolineato la Corte d'appello – è stato realizzato l'interesse sia della Alfa, quale alienante, a conservare la conduzione dell'immobile al fine di salvaguardare il proprio avviamento commerciale, sia l'interesse della Beta, quale acquirente, ad ottenere un corrispettivo per la locazione. Né è stata accertata alcuna sproporzione tra il valore del bene ed il corrispettivo versato dall'acquirente. Per la cassazione della sentenza della Corte d'appello la Alfa ha proposto ricorso, con atto notificato il 5 luglio 2010, sulla base di tre motivi. L'intimata Beta ha resistito con controricorso. Orbene, i suddetti motivi, esaminati congiuntamente stante la loro connessione, sono stati ritenuti infondati dalla Sezione.

trasferimento della proprietà del bene al creditore-acquirente, nel caso di mancato adempimento dell'obbligazione di restituzione del debitore-venditore.

L'art. 2744 cod. civ. costituisce dunque una norma materiale, destinata a trovare applicazione non soltanto in relazione alle alienazioni a scopo di garanzia sospensivamente condizionate all'inadempimento del debitore, ma anche a quelle immediatamente traslative risolutivamente condizionate all'adempimento del debitore (cfr. Cass., Sez. Un., 3 aprile 1989, n. 1611). Detta norma esprime un divieto di risultato, mirando a difendere il debitore da illecite coercizioni del creditore, assicurando nel contempo la garanzia della par condicio creditorum. È tale risultato che giustifica il divieto di legge, non i mezzi impiegati: con la conseguenza che, ove, sulla base della corretta qualificazione della fattispecie, il versamento del denaro non costituisca il pagamento del prezzo, ma l'esecuzione di un mutuo e il trasferimento del bene non integri l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, manca la funzione di scambio tipica del contratto di compravendita e si realizza proprio il negozio vietato dalla legge¹⁶.

L'esame dei diversi schemi negoziali, attraverso i quali le parti hanno funzionalizzato il contratto di vendita ad uno scopo di garanzia, ha mostrato come la causa di garanzia sia non solo distinta da quella di vendita, ma sia sufficiente ed idonea a connotare un negozio strutturalmente e funzionalmente estraneo agli schemi del contratto di vendita. Così si potrebbe giungere a configurare una categoria di negozi i quali tendono a garantire un distinto rapporto obbligatorio tra le parti, attraverso lo strumento del trasferimento del diritto di proprietà della res oggetto della garanzia.

Interessante, allora, appare osservare anche come questi schemi siano in realtà già presenti sia nel nostro codice civile e nella legislazione di settore, sia nella prassi contrattuale e giurisprudenziale.

3. Ipotesi codicistiche

La legge (art. 2744 c.c.c.) ha inteso proibire una convenzione con la quale il debitore accetti preventivamente di attribuire al creditore la proprietà di una sua cosa, a soddisfacimento delle sue ragioni. Occorre, pertanto, determinare i limiti esterni alla figura, desumere dal sistema nel suo complesso i dati utili alla ricostruzione della fattispecie vietata. In altre parole, occorre verificare se l'impostazione fin da ora prescelta si inserisce e si coordina con altre figure previste dal legislatore.

Tali norme sono rappresentate in particolare dall'art. 1851 e.e., il quale regola il pegno irregolare e dal patto marciano.

¹⁶ Cass., Sez. II, 8 febbraio 2007, n. 2725, 12 gennaio 2009, n. 437, 10 marzo 2011, n. 5740.

Non rientra nel divieto del patto commissorio il pegno irregolare¹⁷ in base al quale, a garanzia di un rapporto obbligatorio, vengono consegnati beni fungibili, che ab initio passano in proprietà del creditore alienatario, il quale si impegna, in caso di inadempimento dell'obbligazione principale, a restituire la somma o la parte delle merci o dei titoli che eccedono l'ammontare dei crediti garantiti, e, in caso di adempimento, a restituire il *tantundem*.

Si è osservato che, a differenza del patto commissorio, dove l'attribuzione al creditore della proprietà della cosa può comportare per il debitore inadempiente una perdita sproporzionata rispetto all'ammontare del debito (nei casi di maggior valore della *res*), il pegno irregolare è consegnato in modo tale che l'assoggettamento convenzionale ai poteri di autotutela soddisfattoria non possa dare luogo ad abusi da parte del creditore, essendo questi tenuto a restituire al debitore la differenza tra l'importo del credito garantito e il valore dei beni ricevuti, calcolato al momento della scadenza dell'obbligazione ineseguita¹⁸.

La validità del contratto di pegno irregolare deve essere affermata poiché in questo caso – e come si vedrà nel patto marciano – l'esecuzione stragiudiziale si svolge in modo tale da escludere un possibile abusivo profitto del creditore e una corrispondente sopraffazione economica ai danni del debitore¹⁹.

Profilo essenziale ed inderogabile della figura è l'assunzione da parte del creditore, dell'obbligo di restituire, in caso di inadempimento del debitore, l'eventuale eccedenza di valore delle cose date in garanzia, rilevabile in virtù di una determinazione da compiersi con riferimento al valore acquisito dalle cose medesime, come risultante al tempo della scadenza dei crediti. In base all'art. 1851 c.c., infatti: "la eccedenza è determinata in relazione al valore delle merci o dei titoli al tempo della scadenza dei crediti". In altre parole l'obbligo imposto al creditore di restituire l'eccedenza assicura l'equivalenza tra garanzia e credito garantito.

Analoghe considerazioni possono valere per il patto marciano, il patto, cioè, che comporta l'alienazione di un bene ad eventuale e diretto soddisfacimento del creditore, secondo una stima successiva all'inadempimento e fatta da un terzo, e con l'obbligo per il creditore di versare al debitore la differenza tra il valore accertato e l'importo del debito soddisfatto²⁰.

¹⁷ A. LUMINOSO, *La vendita con patto di riscatto*, cit., p. 242 ss. L'Autore sottolinea come il difetto della dottrina e della giurisprudenza è consistito nel non aver adeguatamente ricercato in altre norme dell'ordinamento quei limiti esterni alla figura, che – per la genericità del dettato dell'articolo in discorso – non possono essere ricavati dal medesimo in via diretta.

¹⁸ F. MARTORANO, *Cauzione e pegno irregolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1960. I, p. 94.

¹⁹ A. LUMINOSO, *Deposito cauzionale presso il terzo e depositi irregolari a scopo di garanzia*, in *Giur. comm.*, 1981. I, p. 432.

²⁰ C. VENDITTI, *op. cit.*, p. 19.

Questa convenzione è non solo ritenuta ammissibile, ma anzi vantaggiosa per il debitore, dal momento che l'espropriazione e la vendita coattiva del bene realizzano, di regola, un valore inferiore a quello effettivo del bene²¹.

Non si ritiene, invece, sufficiente ad evitare la nullità una stima preventiva al futuro eventuale inadempimento, poiché essa non sarebbe in grado di prevenire una successiva e sopravvenuta sproporzione tra i valori. Come abbiamo già mostrato per il pegno irregolare, la valutazione andrà effettuata quando l'interesse diviene attuale, cioè solo al momento dell'inadempimento.

È quindi il meccanismo della stima del valore del bene oggetto di trasferimento, successiva all'inadempimento, ed il conseguente obbligo di restituzione dell'eccedenza, che consente di ritenere lecita la figura del patto marciano, la quale per il resto è del tutto assimilabile ad un patto commissorio. "Mentre nel patto commissorio l'equivalenza tra il valore del bene e valore del credito garantito è del tutto casuale, nel patto marciano essa è assunta a contenuto stesso del contratto"²², costituendo oggetto di un diritto del debitore.

Se ciò è esatto, è giocoforza ritenere che una delle specifiche ragioni che stanno a base del divieto del patto commissorio è sicuramente rappresentata dal pericolo, che la legge presume esistente, che il debitore venga a subire una perdita economica sproporzionata all'entità del debito rimasto inadempito²³.

In conclusione il trasferimento di proprietà in funzione di garanzia non urta contro il divieto del patto commissorio, tutte le volte in cui è previsto un meccanismo di valutazione, successivo all'inadempimento, che consenta di evitare un arricchimento del creditore ai danni del debitore.

Considerando tali figure come alienazioni in funzione di garanzia²⁴, ciò che l'art. 2744 c.c. vuole evitare, è il soddisfacimento previsto al momento della stipulazione del patto sul bene attribuito in proprietà, esclusivamente per rafforzare l'adempimento del cre-

²¹ U. CARNEVALI, *op. cit.*, p. 505.

²² F. ANELLI, *L'alienazione*, cit., p. 92. L'A. sottolinea come la ratio del divieto del patto commissorio sia coerente con i principi generali in tema di responsabilità patrimoniale, confrontando la norma con l'art. 1229 e.e. e l'art. 2937 cc. In particolare l'analisi di quest'ultima disposizione dimostra come l'ordinamento ritenga inaccettabile non di per sé un atto di autonomia privata in ordine agli effetti della prescrizione, ma una disposizione compiuta ex ante quando le parti che dovrebbero disporre del diritto non sono ritenute nella situazione idonea ad assicurare una adeguata ponderazione e potrebbero essere esposte ad abusi della controparte.

²³ A. LUMINOSO, *op. cit.*, p. 243.

²⁴ Diversa è la figura della *datio in solutionem* con cui il debitore prevede l'estinzione del rapporto obbligatorio attraverso una prestazione differente che ben può essere il trasferimento di un bene. In altre parole il debitore può validamente disporre del proprio debito prevedendo il trasferimento della proprietà di una sua *res* con immediata e definitiva efficacia estintiva del debito. Determinando la liberazione stessa del debitore, la *datio integra* infatti uno scambio immediato tra cosa e debito.

dito, per una finalità di garanzia, senza alcun meccanismo di riequilibrio.

Il divieto del patto commissorio, quindi, trova posto nell'ambito di una serie di norme che esprimono la valutazione negativa dell'ordinamento verso forme di disciplina anticipata della fase del rapporto obbligatorio susseguente all'inadempimento, che siano tese a preordinare le modalità del soddisfacimento secondario del credito su uno o più beni determinati del debitore.

Si può allora sostenere che la disposizione che vieta il patto commissorio, seppur non se ne possa disconoscere la matrice storica di norma posta precipuamente a protezione del debitore, nell'ordinamento vigente abbia visto sfumare l'impronta originaria di regola funzionalmente orientata alla tutela di uno specifico interesse individuale e possa essere spiegata nel quadro di un insieme di norme che limitano il campo di esplicazione della autonomia negoziale in ordine alla disciplina (anticipata) della patologia del rapporto obbligatorio, prescindendo dall'identificazione *a priori* di una delle parti, come soggetto tipicamente leso dal negozio dispositivo.

Il divieto del patto commissorio, che da sempre è stata vista come ostacolo alla stessa ammissibilità dei suddetti trasferimenti, concerne i meccanismi di appropriazione del bene oggetto della garanzia che non prevedano, al momento dell'inadempimento, un giudizio sulla congruità del valore della *res* rispetto al credito garantito, con la eventuale restituzione dell'ecedenza. In questa prospettiva, allora, la disposizione citata, anziché inibire il risultato voluto dalle parti – ossia il trasferimento a causa di garanzia – finisce per delinearne i confini di liceità.

4. Il contratto di lease-back

Un contratto che si sottopone a contrasti è *lease back*. Il contratto di *sale and lease back* nasce dall'esperienza straniera, in particolare statunitense²⁵, che ha trovato una rapida diffusione all'interno del nostro ordinamento²⁶. Tuttavia, molto si è discusso e si discute tutt'ora circa la sua validità.

²⁵ Occorre dar conto di una importantissima innovazione legislativa, approvata con il D.lgs. 48/2011. Con il Decreto, modificando l'articolo 1, comma 1, lett. c) del Decreto n. 170 del 2004, accanto al contante ed agli strumenti finanziari, vengono espressamente menzionati i crediti quale possibile oggetto dei contratti di garanzia finanziaria. In particolare: nella definizione di attività finanziarie, si ricomprendono espressamente i crediti; e si aggiunge la definizione di crediti. Ai sensi del Decreto n. 170, si ricorda che per contante si intende il denaro accreditato su un conto od analoghi crediti alla restituzione di denaro, quali i depositi sul mercato monetario.

²⁶ La scelta di introdurre espressamente i crediti sarebbe derivata anche dalla decisione della Banca centrale europea la ("BCE") di ammettere i crediti tra le tipologie idonee di garanzia per le operazioni di credito nell'Eurosistema a decorrere dal 1° gennaio 2007. La stessa BCE aveva già raccomandato un'estensione dell'ambito di applicazione della Direttiva 2002 /47/CE.

Il contratto di *sale and lease back* è un contratto socialmente tipico, rientrando nella categoria dei contratti di impresa. Più precisamente, può definirsi come quella complessa operazione negoziale attraverso cui un contraente (un'impresa o un lavoratore autonomo) aliena un bene strumentale all'esercizio della propria attività ad una società di leasing la quale, a sua volta, la concede in godimento allo stesso alienante verso il pagamento di un canone periodico e con facoltà per quest'ultimo di riacquistare il bene alienato, versando il prezzo stabilito per l'esercizio del relativo diritto di opzione.

Rispetto all'ordinario schema del leasing finanziario, detta figura negoziale si connota tanto dal punto di vista strutturale, dal momento che vi è il coinvolgimento di soli due soggetti (da un lato, l'imprenditore o il lavoratore autonomo, dall'altro la società di leasing), quanto dal punto di vista funzionale, posto che scopo del *lease back* non è quello di procurare all'imprenditore il godimento dei beni strumentali da utilizzare nel processo produttivo, bensì quello di assicurargli denaro liquido da investire. Ne costituisce conferma la circostanza secondo cui, mentre nel leasing finanziario il finanziamento ha luogo mediante la sola cessione di godimento di un bene strumentale, nel *lease back* in aggiunta alla cessione del bene vi è la dazione di una somma, ossia il corrispettivo della vendita²⁷.

Non è mancato chi abbia ravvisato nel *lease back* proprio un esempio di siffatto tipo di pattuizione. Secondo questa opinione il prezzo dichiarato nel contratto, quale corrispettivo per l'alienazione del bene, in realtà configura una forma di finanziamento – che viene, successivamente, rimborsato dall'utilizzatore con il pagamento dei canoni – garantito per il tramite del trasferimento della proprietà del bene all'impresa concedente. In altri termini, il soggetto finanziatore, mediante il *sale and lease back*, acquista la titolarità del bene locato per garantirsi il rimborso dell'erogazione compiuta, con la corresponsione del prezzo di vendita, in violazione dell'art. 2744 c.c.

Questa tesi, tuttavia, non è stata condivisa dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recenti, attente a vagliare la conformità all'ordinamento dell'operazione negoziale alla luce della causa in concreto perseguita dalle parti.

In epoca risalente, il contratto di *lease-back* è stato persino dichiarato nullo da una certa giurisprudenza²⁸ in quanto ritenuto sostanzialmente riconducibile ad un mutuo assistito da garanzia reale e, quindi, in contrasto con il divieto del patto commissorio di cui all'art. 2744 c.c.

Successivamente la Giurisprudenza²⁹ ha affermato l'autonomia e la legittimità dello schema contrattuale

²⁷ Corte di Cassazione n. 4612 del 07/05/1998.

²⁸ Tribunale di Verona 15/12/1988 e Corte d'Appello di Brescia 29/06/1990).

²⁹ Cass. Civ. n.2061 del 28 gennaio 2021.

del *sale and lease-back*, nel momento in cui ha negato l'incompatibilità con il divieto di patto commissorio ex art. 2744 del codice civile. La particolare struttura del *leaseback*, che nella pratica altro non è che una forma di finanziamento, ha posto problemi di compatibilità dello stesso con il divieto di patto commissorio. In particolare, ad aver fatto sorgere dubbi in tal senso è la circostanza che il bene venduto con il *sale and leaseback* rimane nella disponibilità del venditore, il quale continua a usarlo corrispondendo canoni periodici alla finanziaria e riservandosi la possibilità di riacquistarlo.

A risolvere ogni perplessità è intervenuta qualche tempo fa la Corte di Cassazione che, con la sentenza numero 21042/2017, ha affermato che il *leaseback* è di per sé lecito e che solo la concorrenza di tre elementi sintomatici di frode alla legge permette di fondare la presunzione che lo stesso sia stato impiegato per eludere il divieto di patto commissorio.

Più precisamente, il contratto in esame si configura nullo in quanto in frode alla legge solo se coesistono:

- una situazione di credito e debito tra la società finanziaria (concedente) e l'impresa venditrice utilizzatrice, preesistente o contestuale alla vendita;
- difficoltà economiche dell'impresa venditrice, tali da legittimare il sospetto che vi sia stato un approfittamento della sua condizione di debolezza;
- la sproporzione tra il valore del bene trasferito e il corrispettivo versato dall'acquirente.

Altresì recentemente si è espressa la Cassazione Civ. con ordinanza n. 2061 del 28 gennaio 2021, avente per oggetto la risoluzione per inadempimento di un contratto di *sale and lease back* immobiliare³⁰.

Possiamo concludere che la categoria di negozi, solitamente definita alienazioni in funzione di garanzia, nei quali il trasferimento del diritto dominicale sulla *res* è funzionale alla garanzia dell'adempimento di un debito dell'alienante, non travalicano i confini della liceità, tutte le volte in cui escludono meccanismi automatici di appropriazione del bene, oggetto della garanzia al momento dell'inadempimento, che non tengano conto di un giudizio sulla congruità del valore

della *res*, rispetto al credito garantito, con la eventuale restituzione dell'eccedenza.

³⁰ Cass. Civ. n. 2061 del 28 gennaio 2021. Nell'ordinanza in commento, la Corte di cassazione effettua una ricognizione degli effetti della risoluzione del contratto per inadempimento. La Cassazione evidenzia come il codice civile individui in questo istituto uno strumento alternativo alla domanda di adempimento da attivare ogniquale volta si verifichi una rottura del sinallagma. Nei contratti a prestazioni corrispettive, infatti, a fronte dell'inadempimento, l'art. 1453 cc. offre al contraente fedele due strade speculari: la via della domanda di adempimento, che è azione che mira ad attuare il contratto sul presupposto del suo mantenimento, e la via della domanda di risoluzione, che è rimedio volto ad eliminare il rapporto contrattuale. L'ordinanza in commento in modo condivisibile dà continuità all'indirizzo, seguito in larga parte in giurisprudenza, che fa coincidere il danno da risoluzione con il danno da interesse positivo.