

CORTE DI CASSAZIONE

33645 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 15 novembre 2022; Pres. Curzio, Est. Scoditti, P.M. Mistri (concl. conf.); *Omissis s.r.l. c. Omissis Cassa con rinvio App. Cagliari, 13 giugno 2018, n. 557.*

Responsabilità civile – Occupazione sine titulo – Risarcimento del danno – Fatto costitutivo.

C.c., artt. 832, 1223, 2043.

Responsabilità civile – Occupazione sine titulo – Concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo – Determinazione del quantum del risarcimento del danno – Criteri.

Cost., artt. 2, 42; c.c., artt. 1226, 1591, 2043, 2056.

In caso di occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo, il fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità, andata perduta, di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto, mediante concessione a terzi dietro corrispettivo, restando, invece, non risarcibile il venir meno della mera facoltà di non uso, quale manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, suscettibile di reintegrazione attraverso la sola tutela reale.

In caso di occupazione senza titolo di un bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. (1)

Ragioni della decisione – 1. Con il primo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 2909, c.c., 324 e 384, c. 2, c.p.c., ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 3 e n. 4, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che la sentenza della Corte di cassazione aveva delegato alla Corte d'appello la sola quantificazione del risarcimento del danno e non la decisione sul fondamento della stessa domanda, su cui vi era il giudicato interno.

1.1. Il motivo è infondato. Il ricorso incidentale accolto aveva per oggetto la denuncia del mancato riconoscimento del diritto al risarcimento del danno sia perché dell'occupazione delle aree di proprietà sarebbero stati partecipi anche tutti i frequentatori del comprensorio, sia perché la domanda avrebbe dovuto essere proposta nei confronti dei singoli proprietari effettivamente fruitori degli spazi oggetto di revindica. Il ricorso è stato accolto con la motivazione che “appare contraddittorio ordinare – come ha deciso la corte distrettuale – al condominio il rilascio dei beni – presupponendo dunque che la disponibilità delle aree in

(1) I. - Massime ufficiali.

II. - Segue la nota di G.M. Marsico, *Occupazione sine titulo e danno in re ipsa: tra punitive damages e polifunzionalità della responsabilità civile.*

questione sarebbe stata sottratta all'uso della proprietaria *Omissis* e sottoposta a contestazioni, quanto alla titolarità, con varie iniziative giudiziarie, dal medesimo condominio – ed allo stesso tempo negare la tutela risarcitoria che tali condotte dell'ente di gestione avrebbero comportato”.

Come risulta evidente, la statuizione di annullamento della sentenza di appello è limitata ai confini soggettivi del rapporto dedotto in giudizio, senza che possa evincersi alcun giudicato interno sull'esistenza del fatto costitutivo dell'invocato risarcimento del danno.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 1223, 1226, 2043, 2056 e 2697 c.c., ai sensi dell'art. 360, c. 1, n. 3, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che nel caso di occupazione illegittima di immobile è sufficiente, ai fini risarcitori, trattandosi di danno *in re ipsa*, allegare l'idoneità dell'immobile a produrre reddito e l'intenzione del proprietario di godere del bene o di impiegarlo per finalità redditizie e che la società aveva assolto i propri oneri, dichiarando di non poter disporre delle aree, di subire un danno economico per la mancata disponibilità, ed in particolare precisando che prima di aver subito lo spoglio aveva intenzione di vendere trentatré parcheggi già individuati e frazionati. Aggiunge che il fatto che le aree non potevano essere vendute costituiva l'esemplificazione in domanda dei pregiudizi, ma ciò che è stato dedotto è la mancata disponibilità ed il pregiudizio derivante dal fatto che le aree erano destinate ad essere utilizzate e vendute come parcheggi. Osserva ancora che il valore locativo deve essere riconosciuto non perché il bene sarebbe stato concesso in locazione, ma, quale criterio equitativo, per l'attitudine fruttifera del bene.

3. Con il terzo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 112, 113 e 115 c.p.c., ai sensi dell'art. 360, c. 1, nn. 3 e 4, c.p.c. Osserva la parte ricorrente che, come affermato nella comparsa conclusionale di primo grado, il mancato guadagno può essere ricavato dalla mancata disponibilità, e pertanto dai mancati frutti, dei corrispettivi che sarebbero stati ricavati dalla vendita dei parcheggi e dunque come minimo dagli interessi applicati a tali corrispettivi, e che la corte territoriale non ha quindi preso in considerazione la domanda realmente formulata. Aggiunge che, come affermato dalla giurisprudenza di legittimità, il giudice ha il potere-dovere di accertare il contenuto sostanziale della pretesa e di non sostituire d'ufficio un'azione diversa da quella esercitata.

4. Il secondo e il terzo motivo, da trattare congiuntamente, sono fondati per quanto di ragione.

Il ricorso è stato rimesso a queste Sezioni unite per l'esame di tali motivi poiché essi pongono la questione se il danno da occupazione *sine titulo* di immobile costituisca danno *in re ipsa*.

Richiamando l'ordinanza n. 1162 del 17 gennaio 2022 della Terza Sezione civile, di analoga rimessione del relativo ricorso per l'assegnazione alle Sezioni

unite, l'ordinanza interlocutoria pone la questione se la compressione della facoltà di godimento diretto del bene, costituente il contenuto del diritto di proprietà, debba considerarsi quale danno patrimoniale da risarcire ai sensi del combinato disposto degli artt. 1223 e 2056 c.c. Osserva l'ordinanza che l'impedimento a ricavare dal bene abusivamente occupato l'utilità diretta che esso offre non dovrebbe richiedere alcuna prova ulteriore rispetto a quella del fatto generatore del danno, potendo il godimento diretto esaurirsi anche in una fruizione meramente saltuaria o occasionale o anche nella *utilitas* derivante dalla mera potenzialità di una fruizione (anche una fruizione in potenza è idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario). Precisa l'ordinanza che il valore d'uso che si può ritrarre dal godimento diretto del bene, o il valore di scambio che può ricavarsi dalla cessione di tale godimento a terzi, costituiscono di per sé un valore attivo del patrimonio di chi ha diritto di disporre del bene, integrando la titolarità attiva di un rapporto personale o reale di godimento una componente economicamente valutabile del patrimonio del titolare, e che il risarcimento della perdita della disponibilità temporanea del bene, liquidabile eventualmente in via equitativa, spetta (anche) nei casi in cui non sia provato in qual modo il titolare avrebbe usato di tale disponibilità. Aggiunge che la prova del danno conseguenza (l'impedimento al godimento del fondo) si esaurisce in quella del fatto generatore del danno (l'occupazione del fondo), per cui nel caso della perdita del godimento del bene la prova del danno emergente è *in re ipsa*, da liquidare sulla base della durata dell'occupazione, provata dal proprietario, e se del caso mediante il valore locativo di mercato quale tecnica, fra le varie possibili, di liquidazione equitativa. Osserva infine che, ove il proprietario agisca per il danno da mancato guadagno, deve invece offrire la prova specifica delle occasioni di guadagno perse, anche mediante il ricorso a presunzioni semplici o al fatto notorio.

4.1. Ai fini dell'esatta delimitazione della questione su cui sono chiamate a pronunciarsi le Sezioni unite, deve essere richiamata l'ordinanza interlocutoria n. 1162/2022 della Terza Sezione civile.

Premette tale ordinanza che l'indirizzo assunto dalla decisione, impugnata con il ricorso proposto in quel processo, non è pacifico, atteso che secondo altro indirizzo, una volta soppressa la facoltà di godimento e disponibilità del bene per effetto dell'occupazione abusiva, ricorre una *praesumptio hominis* di danno risarcibile (cioè *in re ipsa*), corrispondente al danno figurativo rappresentato dal valore locativo del cespite abusivamente occupato, superabile solo con la prova che il proprietario, anche se non spogliato, non avrebbe in alcun modo utilizzato l'immobile. Osserva quindi che la corte territoriale ha seguito l'orientamento secondo cui il danno *in re ipsa*, giungendo ad identificare il danno con l'evento dannoso, configura un danno punitivo senza alcun riconoscimento legislativo (in contrasto con Cass., S.U., n. 16601/2017), perché il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche

quando in concreto non abbia subito alcun pregiudizio, laddove invece ciò che rileva a fini risarcitori è il danno-conseguenza, per cui il danno da occupazione *sine titulo* può essere dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma tale alleggerimento dell'onere probatorio non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto. Precisa l'ordinanza interlocutoria che tale indirizzo si colloca all'interno di una tendenza giurisprudenziale propensa a ricusare ogni forma di danno figurativo e astratto, pur ammettendone la prova per presunzioni, per una serie di fattispecie (ad esempio, seguendo Cass. n. 29982/2020, non la mera violazione delle prescrizioni poste dall'art. 11 del codice della *privacy* determina, ai fini del danno non patrimoniale risarcibile, una lesione ingiustificabile del diritto, ma solo quella che offenda in modo sensibile la portata effettiva del diritto alla riservatezza). Osserva infine che in tema di acquisizione sanante ai sensi dell'art. 42-*bis* d.p.r. n. 327/2001, come affermato da Cass., S.U., n. 20691/2021, fermo restando l'indennizzo previsto dalla legge nella misura del cinque per cento annuo sul valore venale del bene all'attualità, è onere del proprietario provare il danno ulteriore, ed in particolare di avere perduto occasioni particolari di profitto.

4.2. Entrambe le ordinanze interlocutorie pongono la questione della configurabilità del c.d. danno *in re ipsa* nell'ipotesi di occupazione *sine titulo* dell'immobile, ma il punto di divergenza fra gli orientamenti che esse esprimono riguarda non il mancato guadagno, bensì la perdita subita. Entrambe le ordinanze escludono infatti che un danno *in re ipsa* sia configurabile in relazione al lucro cessante e si può convenire sul dato che nella giurisprudenza di legittimità le occasioni di guadagno perse devono essere oggetto di specifica prova, naturalmente anche a mezzo di presunzioni. La problematica del danno *in re ipsa* emerge in entrambe le ordinanze in relazione alla facoltà di godere del proprietario quale individuazione dell'esistenza di un danno risarcibile per il sol fatto che di tale facoltà il proprietario sia stato privato a causa dell'occupazione abusiva dell'oggetto del suo diritto. Si tratta pertanto del danno da perdita subita (del godimento).

La vendita del bene, quale forma precipua di occasione di guadagno che sarebbe stata persa per l'occupazione *sine titulo*, è da collegare non al contenuto del diritto previsto dall'art. 832 c.c., ma alla titolarità del diritto ed è espressione della possibilità di alienare quale caratteristica di tutti i diritti patrimoniali. La compravendita immobiliare è manifestazione della titolarità del diritto al pari della cessione del credito. Non vi è stata quindi, a seguito dell'illegittima occupazione, una compressione del contenuto del diritto di proprietà, ma il mancato compimento di un atto che il proprietario avrebbe compiuto quale titolare del diritto, se l'occupazione non vi fosse stata, e di cui, anche in via presuntiva, deve essere fornita la

prova se viene chiesto il risarcimento per il relativo mancato utile. Per la verità vi è un indirizzo secondo cui avrebbe natura *in re ipsa* il danno da incommerciabilità dell'immobile che il promittente venditore avrebbe patito a seguito dell'inadempimento del contratto preliminare di compravendita da parte del promissario acquirente (Cass. 31 maggio 2017, n. 13792; 10 marzo 2016, n. 4713; 5 novembre 2001, n. 13630), ma qui può ritenersi operante la presunzione basata sul fatto noto che il proprietario ha posto in vendita l'immobile per cui, se non si fosse impegnato con il convenuto, lo avrebbe venduto ad altri.

Sempre allo scopo di delimitare il campo d'indagine, la mancata stipulazione di locazione è suscettibile di costituire un mancato guadagno se il proprietario dimostra che il contratto sarebbe stato concluso con la previsione di un canone superiore a quello di mercato. La mancata stipulazione di una locazione, quale forma di godimento indiretto del bene mediante i frutti civili che da esso possono ritrarsi (art. 820, c. 3, c.c.), è ascrivibile all'area del danno emergente perché pur sempre inerente al diritto di godere. La rilevanza del corrispettivo della locazione, ai fini della liquidazione equitativa del danno derivante dall'impedito godimento del bene, discende proprio dal costituire l'equivalente economico del godimento ceduto nell'ambito del rapporto obbligatorio. Il canone di locazione è parametro privilegiato per la liquidazione del danno ai sensi dell'art. 1226 c.c. proprio perché costituente il corrispettivo in un contratto che ha per oggetto il godimento dell'immobile. Dunque, il godimento ha un valore economico e esso, nell'ambito di una valutazione equitativa del danno, può essere il medesimo sia se il godimento è diretto, sia se è indiretto mediante la percezione dei frutti civili per il godimento che altri abbia della cosa. Ecco perché la mancata locazione, quale spoliazione della facoltà di godimento indiretto, rientra nell'area della perdita subita e, per tale via, nella problematica del danno *in re ipsa*. Ove si ritenga che il danno sussista per la violazione in sé del diritto di godere, il risarcimento spetta, con l'eventuale liquidazione equitativa parametrata sul canone locativo di mercato, a prescindere che si denunci il mancato esercizio della facoltà di godere in modo diretto o in modo indiretto. Rientra invece nel mancato guadagno, e non può quindi in *thesi* costituire danno *in re ipsa*, la locazione per un canone superiore a quello di mercato: tale occasione persa, al pari della mancata alienazione del diritto per un prezzo maggiore di quello di mercato, deve essere oggetto di prova specifica, anche in via presuntiva.

Infine, quale ultimo tassello dell'area coperta dalla problematica del danno *in re ipsa*, vi è il diritto "di disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo" (art. 832 c.c.). Tradizionalmente tale facoltà è stata ricondotta allo *jus vendendi*, ma, come si è visto, l'alienazione del diritto è piuttosto espressione della titolarità, la quale è comune a tutti i diritti patrimoniali. La migliore dottrina ha invece ricondotto il diritto di disporre al diritto di scegliere le possibili destina-

zioni del bene e di modificarne l'organizzazione produttiva, definendolo il profilo più intenso del diritto di godere, che potrebbe rinvenire un proprio ascendente nell'antica locuzione latina "*jus utendi et abutendi*". Il rilievo trova conferma nelle caratteristiche del diritto di disporre che, al pari di quello di godere, deve esercitarsi "in modo pieno ed esclusivo". Così inteso, il diritto di disporre del bene inerisce all'area della perdita subita e dunque alla problematica del danno *in re ipsa*.

4.3. Quanto appena precisato attiene all'occupazione abusiva caratterizzata dall'originario difetto di titolo e che è soggetta al regime della responsabilità di cui all'art. 2043 c.c.

Nel caso di sopravvenuto venir meno del titolo, che ab origine giustificava l'occupazione dell'immobile, viene in rilievo la disciplina delle fattispecie di estinzione del rapporto contrattuale. L'art. 1591 c.c. in particolare, per ciò che concerne la locazione, prevede per la protrazione del godimento da parte del conduttore, a scapito di quello del proprietario, l'obbligo del pagamento del corrispettivo fino alla riconsegna, salvo il risarcimento del danno, nel quale confluiscono le ipotesi di mancato guadagno (occasioni perse di vendita o di locazione a condizione economiche più favorevoli), ma con il regime della responsabilità previsto dall'art. 1218.

È appena il caso di aggiungere che estraneo all'occupazione *sine titulo* è anche il paradigma dell'arricchimento senza causa (art. 2041), nel quale l'assenza di giusta causa dello spostamento patrimoniale non riveste il carattere dell'antigiuridicità, mentre la diminuzione patrimoniale che qui si fa valere corrisponde a un danno per la presenza di un fatto illecito.

4.4. Le due ordinanze interlocutorie esprimono una divergenza reale che non può essere ricomposta con l'artificio logico secondo cui danno *in re ipsa* significherebbe in realtà prova *in re ipsa*, per cui non si tratterebbe altro che di una forma di presunzione ricavata dai fatti noti della condotta *non iure* dell'occupante e della tipologia del bene destinato ad impiego fruttifero (così Cass. 27 giugno 2016, n. 13224; 21 agosto 2018, n. 20859). In questo quadro, si è inteso ravvisare l'esistenza di un contrasto più apparente che reale, relativo all'utilizzo di formule e non alla sostanza della questione giuridica (Cass. 5 ottobre 2020, n. 21272; 6 ottobre 2021, n. 27126). L'ordinanza n. 3946/2022 ha il merito di focalizzare il cuore di un dissenso, che invece è reale e non apparente (rileva, ad esempio, la realtà del contrasto Cass. 7 gennaio 2021, n. 39).

La tesi del danno *in re ipsa* è debitrice della concezione normativa, elaborata dalla dottrina tedesca, secondo cui l'oggetto del danno coincide con il contenuto del diritto violato, da cui l'esistenza del pregiudizio per il sol fatto della violazione del diritto medesimo. Il danno è *in re ipsa* perché appunto immanente alla violazione del diritto. I diritti reali, in quanto diritti su cose, hanno la caratteristica della dissociazione fra contenuto del diritto ed oggetto del diritto (la stessa rubri-

ca dell'art. 832 è nel senso del “contenuto del diritto”). La situazione antiggiuridica emerge perciò non solo con riferimento al danno alla cosa, ma anche quando è leso il contenuto del diritto, circostanza quest'ultima che comporterebbe di per sé un danno risarcibile.

È questa la teorica che fa da sfondo alla giurisprudenza, soprattutto della Seconda Sezione civile, favorevole al danno *in re ipsa* nell'ipotesi di occupazione *sine titulo* di immobile. Il carattere *in re ipsa* del danno viene fatto discendere dalla natura fruttifera del bene (Cass., 25 maggio 2022, n. 6359; 31 luglio 2019, n. 20708; 6 agosto 2018, n. 20545; 28 agosto 2018, n. 21239; 17 novembre 2011, n. 24100; 10 febbraio 2011, n. 3223; 11 febbraio 2008, n. 3251). Pure nel caso di preclusione dell'uso, anche solo potenziale, della res da parte del comproprietario ad opera di altro comproprietario si parla di danno *in re ipsa*, liquidabile in base ai frutti civili ritraibili dal bene (Cass. 28 settembre 2016, n. 19215; 12 maggio 2010, n. 11486; 30 ottobre 2009, n. 23065). Sempre secondo la giurisprudenza della Seconda Sezione civile, è data però al convenuto la possibilità di fornire la prova contraria del danno *in re ipsa* allegato, dimostrando che il proprietario si è intenzionalmente disinteressato dell'immobile (Cass. 22 aprile 2022, n. 12865; 15 febbraio 2022, n. 4936; 31 gennaio 2018, n. 2364; 9 agosto 2016, n. 16670; 15 ottobre 2015, n. 20823; 7 agosto 2012, n. 14222). In questo quadro è stato precisato che non può sostenersi che si tratti di un danno la cui sussistenza sia irrefutabile, posto che la locuzione “danno *in re ipsa*” rinvia “all'indisponibilità del bene fruttifero secondo criteri di normalità, i quali onerano l'occupante alla prova dell'anomala infruttuosità di uno specifico immobile” (Cass. 7 gennaio 2021, n. 39). A questo proposito deve darsi atto che nella stessa Seconda Sezione civile è emerso un più recente orientamento secondo cui la locuzione “danno *in re ipsa*” va sostituita con quella di “danno normale” o “danno presunto”, privilegiando la prospettiva della presunzione basata su specifiche circostanze da cui inferire il pregiudizio allegato (Cass. 7 gennaio 2021, n. 39; 20 gennaio 2022, n. 4936; 22 aprile 2022, n. 12865).

L'orientamento della Terza Sezione civile è invece ispirato dalla teoria causale del danno, secondo cui il pregiudizio risarcibile non è dato dalla lesione della situazione giuridica, ma dal danno conseguenza derivato dall'evento di danno corrispondente alla detta lesione. L'art. 1223 c.c., cui rinvia l'art. 2056, attiene al danno conseguenza per il quale rileva il nesso di causalità giuridica fra l'evento di danno e le conseguenze pregiudizievoli meritevoli di risarcimento, mentre altro profilo eziologico è quello che connote la causalità materiale fra la condotta (lesiva) ed il danno evento. Sulla base di questa premessa si è consolidato un indirizzo secondo cui il danno conseguente all'impossessamento *sine titulo*, in quanto danno conseguenza, deve essere allegato e provato, anche a mezzo di presunzioni, per essere risarcito e non può

essere confuso con l'evento di danno rappresentato dalla mancata disponibilità dell'immobile a causa dell'abusiva occupazione (Cass. 6 ottobre 2021, n. 27126; 29 settembre 2021, n. 26331; 25 maggio 2021, n. 14268; 16 marzo 2021, n. 7280; 24 aprile 2019, n. 11203; 4 dicembre 2018, n. 31233; 25 maggio 2018, n. 13071; 27 luglio 2015, n. 15757; 17 giugno 2013, n. 15111; 11 gennaio 2005, n. 378).

Richiamando un passaggio motivazionale di Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, secondo cui il danno *in re ipsa* (nella specie riferito al danno non patrimoniale) “snatura la funzione del risarcimento, che verrebbe concesso non in conseguenza dell'effettivo accertamento di un danno, ma quale pena privata per un comportamento lesivo”, Cass. n. 13071/2018 ha rimarcato come il riconoscimento di un danno *in re ipsa* nel caso di occupazione *sine titulo* dell'immobile avrebbe la valenza di danno punitivo fuori delle condizioni previste da Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, che ritiene compatibile un tale figura con l'ordinamento giuridico a condizione che vi sia una previsione normativa in tal senso, in ossequio all'art. 23 Cost. Sulla stessa lunghezza d'onda, Cass. n. 31233/2018 ha precisato che il danno evento rappresentato dalla mancata disponibilità dell'immobile non è idoneo ad integrare il fatto noto della presunzione, di cui all'art. 2729 c.c., che dovrebbe condurre alla prova del danno conseguenza, dovendo piuttosto quest'ultimo essere inferito da circostanze di fatto allegate e in grado dimostrare il nesso di causalità giuridica fra il danno evento ed il pregiudizio derivato.

4.5. La questione posta dal contrasto è, al fondo, se la violazione del contenuto del diritto, in quanto integrante essa stessa un danno risarcibile, sia suscettibile di tutela non solo reale ma anche risarcitoria. Ritengono le Sezioni unite che al quesito debba darsi risposta positiva, nei termini emersi nella richiamata linea evolutiva della giurisprudenza della Seconda Sezione civile, secondo cui la locuzione “danno *in re ipsa*” va sostituita con quella di “danno presunto” o “danno normale”, privilegiando la prospettiva della presunzione basata su specifiche circostanze da cui inferire il pregiudizio allegato (Cass., 7 gennaio 2021, n. 39; 20 gennaio 2022, n. 4936; 22 aprile 2022, n. 12865). Tale esito interpretativo, per quanto riguarda la lesione della facoltà di godimento, resta coerente al significato di danno risarcibile quale perdita patrimoniale subita in conseguenza di un fatto illecito. La linea da perseguire è infatti, secondo le Sezioni unite, quella del punto di mediazione fra la teoria normativa del danno, emersa nella giurisprudenza della Seconda Sezione civile, e quella della teoria causale, sostenuta dalla Terza Sezione civile. Al fine di salvaguardare tale punto di mediazione, l'estensione della tutela dal piano reale a quello risarcitorio, per l'ipotesi della violazione del contenuto del diritto, deve lasciare intatta la distinzione fra le due forme di tutela.

La distinzione fra azione reale e azione risarcitoria è il riflesso processuale di quella sostanziale fra regole di proprietà (*property rules*) e regole di responsabilità

(*liability rules*). La tutela reale è orientata al futuro e mira al ripristino dell'ordine formale violato mediante l'accertamento dello stato di diritto e la rimozione dello stato di fatto contrario al diritto soggettivo, a parte la tutela inibitoria come negli artt. 844 e 1171 c.c. L'azione di rivendicazione esperita nei confronti dell'occupante *sine titulo* ripristina sul piano astratto la situazione giuridica violata e rimuove l'impedimento all'esercizio del diritto mediante la riduzione nel pristino stato. Rientra nell'azione reale anche la tutela indennitaria prevista da disposizioni quali l'art. 948, c. 1, c.c., con riferimento al valore della cosa in caso di mancato recupero della stessa, o l'art. 938 c.c., con riferimento al doppio del valore della porzione di fondo attiguo occupato, come è reso evidente dal fatto che tali disposizioni fanno salvo, quale rimedio distinto, il risarcimento del danno, e dunque costituiscono pur sempre applicazione delle regole di proprietà e non di quelle di responsabilità. L'azione risarcitoria è invece orientata al passato e costituisce il rimedio per la perdita subita a causa della violazione del diritto. Essa costituisce la misura riparatoria per la concreta lesione del bene della vita verificatasi in conseguenza della condotta abusiva dei terzi. Mentre la tutela reale costituisce il rimedio per l'alterazione dell'ordinamento formale, la tutela risarcitoria è compensativa del bene della vita perduto, secondo le modalità del danno emergente se la perdita patrimoniale (o non patrimoniale) è in uscita, del lucro cessante se la perdita è in entrata.

La distinzione fra le due forme di tutela comporta che il fatto costitutivo dell'azione risarcitoria non possa coincidere senza residui con quello dell'azione di rivendicazione ma debba contenere l'ulteriore elemento costitutivo del danno risarcibile. Ciò significa tenere ferma la distinzione, espressione della teoria causale del danno, fra causalità materiale e causalità giuridica.

4.6. La distinzione fra causalità materiale e causalità giuridica è un'acquisizione risalente della giurisprudenza di questa Corte. Sul punto vanno richiamati gli arresti delle Sezioni unite. Sia Cass., S.U., 11 gennaio 2008, n. 576, che Cass., S.U., 11 novembre 2008, n. 26972, entrambe muovendo dall'ipotesi del danno non patrimoniale, hanno differenziato nell'ambito dell'illecito aquiliano la causalità materiale, rilevante ai fini dell'imputazione del danno evento (*dommage o damnum*) ad una determinata condotta secondo i criteri di responsabilità previsti dalla disciplina del fatto illecito, e la causalità giuridica, di cui sono espressione gli artt. 1223 e 2056, la quale, in funzione di selezione delle conseguenze dannose risarcibili, attiene al nesso eziologico fra il danno evento ed il c.d. danno conseguenza (*préjudice o praeiudicium*), costituente l'oggetto dell'obbligazione risarcitoria. Già prima delle richiamate pronunce delle Sezioni unite vi erano state Cass., 16 ottobre 2007, n. 21619; le sentenze gemelle Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828; Cass., 24 ottobre 2003, n. 16004, tutte quante rese sempre in materia di danno non patrimoniale, e ancora

prima Cass., 15 ottobre 1999, n. 11629. Anche nella giurisprudenza costituzionale, secondo la linea evolutiva che va da Corte cost., 14 luglio 1986, n. 184 a Corte cost., 27 ottobre 1994, n. 372, è emersa la distinzione fra danno evento e danno conseguenza. La distinzione fra causalità materiale e causalità giuridica è stata da ultimo ripresa da Corte cost., 15 settembre 2022, n. 205.

La giurisprudenza di questa Corte ha chiarito che “se sussiste solo il fatto lesivo, ma non vi è un danno-conseguenza, non vi è l'obbligazione risarcitoria” (Cass., S.U., n. 576/2008), così temperando l'originario rigorismo della tesi della causalità giuridica presente nella dottrina che la introdusse. Secondo questa dottrina la fattispecie della responsabilità risarcitoria si perfeziona con la verifica del fatto, comprensivo dell'azione e dell'evento, mentre la causalità giuridica interviene solo in funzione selettiva del danno risarcibile all'esito di una responsabilità già accertata. Una simile visione resta nell'alveo della prospettiva pan-penalistica dell'atto antiggiuridico (*non iure*, nel senso di comportamento non giustificato dal diritto), mentre il punto di vista della moderna responsabilità civile, improntata al principio di solidarietà (art. 2 Cost.), è quello dell'allocazione del danno *contra ius* (“ingiusto”, secondo la qualifica dell'art. 2043). Al rigorismo dell'originaria tesi dottrinale va obiettato che in assenza delle conseguenze previste dall'art. 1223 c.c. non vi è alcuna responsabilità risarcitoria da accertare perché non vi è danno da risarcire. La fattispecie del fatto illecito si perfeziona con il danno conseguenza: ciò vuol dire che la perdita subita e il mancato guadagno (art. 1223) non sono un *posterius* rispetto al danno ingiusto, ma sono i criteri di determinazione di quest'ultimo, secondo la lettera dell'art. 2056. Diversamente da quanto pur affermato in dottrina, il “danno” di cui fa menzione la seconda parte dell'art. 2043 non è altra cosa dal “danno ingiusto” di cui si parla nella prima parte: se non c'è danno conseguenza non c'è danno ingiusto. Causalità materiale e causalità giuridica non sono così le fasi di una successione cronologica, ma sono i due diversi punti di vista in sede logico-analitica dell'unitario fenomeno del danno ingiusto (di “profili diversi” dell'unico danno già discorreva Cass., S.U., n. 576/2008, punto n. 5.1), il quale non è identificabile se non alla luce di questa dualità di nessi causali, l'uno informato al criterio della regolarità causale, l'altro a quello della consequenzialità immediata e diretta. Cagionato l'evento di danno, la fattispecie del fatto illecito è integrata con la realizzazione delle conseguenze pregiudizievoli, senza che fra evento e conseguenza vi sia un distacco temporale: la distinzione è logica, non cronologica.

Il danno conseguenza assume rilevanza giuridica non per la mera differenza patrimoniale fra il prima e il dopo dell'evento dannoso, ma solo in quanto cagionato da un evento lesivo di un interesse meritevole di tutela ad un determinato bene della vita, secondo la fondamentale definizione contenuta in Cass., S.U., 22

luglio 1999, n. 500; reciprocamente, l'evento di danno è giuridicamente rilevante solo se produttivo del danno conseguenza quale concreto pregiudizio al bene della vita. La nozione di danno ingiusto di cui all'art. 2043 c.c. rappresenta la sintesi di questi due reciproci vettori.

4.7. Così precisati i termini della distinzione fra evento di danno e danno conseguenza, quale caposaldo della teoria del risarcimento del danno, e chiarita la necessità dell'elemento costitutivo ulteriore nella *causa petendi* della domanda risarcitoria rispetto a quella della domanda di rivendicazione, deve ora essere definito il danno risarcibile in presenza di violazione del contenuto del diritto di proprietà. Che la violazione dell'ordine giuridico sia suscettibile di tutela non solo reale, ma anche risarcitoria, trova riscontro nel fatto che il diritto soggettivo appartiene al novero delle situazioni giuridiche mezzo, nelle quali il potere giuridico di cui è investito il soggetto rappresenta lo strumento, a sua disposizione, per la soddisfazione dell'interesse ad un determinato bene della vita. La violazione del diritto può così comportare la lesione dell'interesse al bene della vita, che di quel diritto costituisce il substrato materiale e l'elemento teleologico, e configurare dunque l'illecito aquiliano. Ai fini della definizione del danno risarcibile da violazione dell'ordine giuridico, deve muoversi dalla distinzione fra la lesione del bene costituente l'oggetto del diritto di proprietà e la lesione del contenuto stesso del diritto.

Quando l'azione dannosa attinge sulla base del nesso di causalità materiale il bene, l'evento di danno è rappresentato dalla lesione del diritto per il pregiudizio cagionato alla cosa oggetto del diritto di proprietà, ma affinché un danno risarcibile vi sia, perfezionandosi così la fattispecie del danno ingiusto, è necessario che al profilo dell'ingiustizia, garantito dalla violazione del diritto, si associ quello del danno conseguenza, e perciò la perdita subita e/o il mancato guadagno che, sulla base del nesso di causalità giuridica, siano conseguenza immediata e diretta dell'evento dannoso. È quanto accade ad esempio nel caso del danno da c.d. fermo tecnico di veicolo incidentato, per il quale è richiesta la prova della spesa sostenuta per procacciarsi un mezzo sostitutivo (v. Cass., 14 ottobre 2015, n. 20620 e le altre conformi fino alla recente Cass., 19 settembre 2022, n. 27389).

Quando l'azione lesiva attinge invece il contenuto del diritto di proprietà ("il diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo"), ciò che viene in primo luogo in rilievo è la violazione dell'ordine giuridico. L'ordinamento appresta lo strumento di ripristino dell'ordine formale violato, ossia la tutela reale di reintegrazione del diritto leso. Questa tutela può eventualmente concorrere con la misura restitutoria del bene, di cui è pure espressione la fattispecie di cui all'art. 1148 c.c., la quale disciplina con riferimento ai frutti naturali separati e ai frutti civili maturati le conseguenze della restituzione della cosa da parte del possessore (nella specie di mala fede o comunque nel-

lo stato soggettivo di cui all'art. 1147, c. 2, c.c.) convenuto dal proprietario in sede di rivendicazione. Sia la cosa (art. 810 c.c.), che i frutti (art. 820 c.c.), appartengono alla disciplina dei beni e perciò restano nell'alveo dell'azione di rivendicazione sotto il profilo degli effetti restitutori.

La domanda risarcitoria presuppone che, per la presenza di un danno risarcibile, l'azione lesiva del contenuto del diritto di proprietà sia valutabile non solo come violazione dell'ordine formale, ma anche come evento di danno. In quest'ultimo caso il nesso di causalità materiale si stabilisce fra l'occupazione senza titolo dell'immobile e direttamente la lesione del diritto di proprietà, senza passare per l'intermediazione del pregiudizio cagionato alla cosa oggetto del diritto di proprietà. L'evento di danno riguarda non la cosa, ma proprio il diritto di godere in modo pieno ed esclusivo della cosa stessa. Il danno risarcibile è rappresentato dalla specifica possibilità di esercizio del diritto di godere che è andata persa quale conseguenza immediata e diretta della violazione, cagionata dall'occupazione abusiva, del "diritto di godere e disporre delle cose in modo pieno ed esclusivo". Il nesso di causalità giuridica si stabilisce così fra la violazione del diritto di godere della cosa, integrante l'evento di danno condizionante il requisito dell'ingiustizia, e la concreta possibilità di godimento che è stata persa a causa della violazione del diritto medesimo, quale danno conseguenza da risarcire.

Saldando il danno suscettibile di risarcimento alla concreta possibilità di godimento persa, per un verso si rende risarcibile il contenuto del diritto violato, in ossequio alla teoria normativa del danno, per l'altro si riconduce la violazione giuridica a una specifica perdita subita, in ossequio alla teoria causale. Il riferimento alla specifica circostanza di godimento perso stabilisce la discontinuità fra il fatto costitutivo dell'azione di rivendicazione e quello dell'azione risarcitoria, preservando la distinzione fra la tutela reale e quella risarcitoria. Diversamente si avrebbe l'inaccettabile conseguenza non del danno punitivo, come pure affermato dalla giurisprudenza della Terza Sezione civile, ma del danno irrefutabile che non ammette prova contraria. Affinché si abbia un danno punitivo è necessario un *quid* ulteriore che colleghi la riparazione della perdita subita alla riprovevolezza della condotta del danneggiante, con un'amplificazione della componente riparatoria in misura proporzionale al grado della colpa o all'intensità del dolo del danneggiante (mediante il cumulo di *compensatory damage* e *punitive damage*), e tale non può dirsi che sia l'esito della tesi del danno *in re ipsa*. Viceversa, se la *causa petendi* dell'azione risarcitoria viene fatta coincidere senza residui con quella dell'azione risarcitoria, il risarcimento spetterebbe sempre a fronte della denuncia della compressione del diritto di godere della cosa quale astratta posizione riconosciuta dall'ordinamento, senza che si dia possibilità della prova contraria.

4.8. Non è invece richiesta l'allegazione della concreta possibilità di godimento persa nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* da parte della pubblica amministrazione, trattandosi di fattispecie retta da criteri del tutto differenti rispetto alla comune occupazione abusiva.

L'art. 42-*bis* del d.p.r. 8 giugno 2001, n. 327 prevede che, in caso di utilizzazione senza titolo di un bene per scopi di interesse pubblico e di successivo provvedimento di acquisizione, sia corrisposto al proprietario un indennizzo per il pregiudizio patrimoniale e non patrimoniale, quest'ultimo forfetariamente liquidato nella misura del dieci per cento del valore venale del bene. L'indennizzo per il pregiudizio patrimoniale è determinato in misura corrispondente al valore venale del bene utilizzato per scopi di pubblica utilità e, se l'occupazione riguarda un terreno edificabile, sulla base delle disposizioni dell'art. 37 del medesimo d.p.r. n. 327. Per il periodo di occupazione senza titolo è computato a titolo risarcitorio, se dagli atti del procedimento non risulta la prova di una diversa entità del danno, l'interesse del cinque per cento annuo sul valore del bene come appena determinato.

Anche nel caso di mancanza di formale acquisizione ai sensi dell'art. 42-*bis*, o di procedimento non conclusosi con un valido ed efficace decreto di esproprio o con un accordo di cessione, è configurabile per la giurisprudenza un danno per il mancato godimento del fondo illegittimamente occupato, abitualmente determinato in via equitativa in favore del privato, ove non sia fornita la prova di un danno maggiore, in base al criterio degli interessi legali per ogni anno di occupazione sulla somma corrispondente all'indennità di espropriazione o sul prezzo di cessione volontaria del bene (fra le tante Cass., 20 novembre 2018, n. 29990; 6 agosto 2018, n. 20545; 4 marzo 2005, n. 4797; 27 agosto 2004, n. 17142).

La determinazione legislativa in via forfettaria dell'indennizzo, senza esigere dal proprietario l'allegazione della mancata possibilità di godimento nel periodo di occupazione senza titolo, salva la possibilità per entrambe le parti del giudizio di dimostrare la diversa entità del danno in concreto (*in melius* o *in pejus* rispetto a quel limite – per il proprietario ad esempio la perdita di occasioni particolari di profitto), costituisce una valutazione legale tipica di pregiudizio e di relativa compensazione. Si tratta di una valutazione, come anche quella del diritto vivente appena richiamato, tipizzata di pregiudizio al bene della vita, il cui presupposto di fatto è l'esplicazione del rapporto fra privato e pubblica amministrazione, istituzionalmente asimmetrico dal punto di vista del potere, secondo modalità ablatorie non rispettose della legge. Come spiega Cass., S.U., 20 luglio 2021, n. 20691, “nella materia espropriativa l'agire amministrativo è cadenzato da atti formali che sono, di per sé, evocativi di conseguenze pregiudizievoli per il privato, apprezzabili secondo l'*id quod plerumque accidit*, nel caso in cui la pubblica amministrazione non eserciti il potere autoritativo nei tempi e modi previsti dalla legge”.

4.9. Nella comune fattispecie di occupazione abusiva d'immobile è al contrario richiesta, come si è visto, l'allegazione della concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento che è andata persa. Ciò significa che il non uso, il quale è pure una caratteristica del contenuto del diritto, non è suscettibile di risarcimento. È pur vero che a fondamento dell'imprescrittibilità del diritto di proprietà vi è la circostanza che fra le facoltà riconosciute al proprietario vi è anche quella del non uso, ma l'inerzia resta una manifestazione del contenuto del diritto sul piano astratto, mentre il danno conseguenza riguarda il pregiudizio al bene della vita che, mediante la violazione del diritto, si sia verificato. Alla reintegrazione formale del diritto violato, anche nella sua esplicazione di non uso, provvede la tutela reale e non quella risarcitoria.

Come si è chiarito al punto 4.2., la perdita subita attiene al godimento, diretto o indiretto mediante il corrispettivo del godimento concesso ad altri, che è poi l'oggetto vero del contrasto giurisprudenziale da risolvere, e non alla vendita, per la quale, corrispondendo il relativo danno alla differenza fra il prezzo di mercato e quello maggiore che si sarebbe potuto ricavare dall'atto dispositivo mancato, non può che parlarsi di mancato guadagno. L'allegazione che l'attore faccia della concreta possibilità di godimento perduta può essere specificatamente contestata dal convenuto costituito. Al cospetto di tale allegazione il convenuto ha l'onere di opporre che giammai il proprietario avrebbe esercitato il diritto di godimento. La contestazione al riguardo non può essere generica, ma deve essere specifica, nel rigoroso rispetto del requisito di specificità previsto dall'art. 115, c. 1, c.p.c. In presenza di una specifica contestazione sorge per l'attore l'onere della prova dello specifico godimento perso, onere che può naturalmente essere assolto anche mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza (art. 115, c. 2, c.p.c.) o mediante presunzioni semplici. Nel caso della presunzione l'attore ha l'onere di allegare, e provare se specificatamente contestato, il fatto secondario da cui inferire il fatto costitutivo rappresentato dalla possibilità di godimento persa. Sia nel caso di godimento diretto, che in quello di godimento indiretto, il danno può essere valutato equitativamente ai sensi dell'art. 1226 c.c., attingendo al parametro del canone locativo di mercato quale valore economico del godimento nell'ambito di un contratto tipizzato dalla legge, come la locazione, che fa proprio del canone il valore del godimento della cosa.

Se la domanda risarcitoria ha ad oggetto il mancato guadagno causato dall'occupazione abusiva, l'onere di allegazione riguarda gli specifici pregiudizi, fra i quali si possono identificare non solo le occasioni perse di vendita a un prezzo più conveniente rispetto a quello di mercato, ma anche le mancate locazioni a un canone superiore a quello di mercato (una volta che si quantifichi equitativamente il godimento perduto con il canone locativo di mercato, il corrispettivo di una locazione ai correnti valori di mercato rientra, come si

è visto, nelle perdite subite). Ove insorga controversia in relazione al fatto costitutivo del lucro cessante allegato, l'*onus probandi* anche in questo caso può naturalmente essere assolto mediante le nozioni di fatto che rientrano nella comune esperienza o le presunzioni semplici. In generale, in relazione al mancato guadagno può rinviarsi alla costante giurisprudenza in materia di maggior danno ai sensi dell'art. 1591 c.c. (fra le tante Cass., 3 febbraio 2011, n. 2552; 26 novembre 2007, n. 24614; 27 marzo 2007, n. 7499; 13 luglio 2005, n. 14753; 23 maggio 2002, n. 7546).

Sia per la perdita subita che per il mancato guadagno va rammentato che l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte convenuta, non anche per quelli ad essa ignoti (Cass., 31 agosto 2020, n. 18074; 4 gennaio 2019, n. 87; 18 luglio 2016, n. 14652; 13 febbraio 2013, n. 3576). Poiché non si compie l'effetto di cui all'art. 115, c. 1, c.p.c., per i fatti ignoti al danneggiante l'onere probatorio sorge comunque per l'attore, a prescindere dalla mancanza di contestazione, ma il criterio di normalità che generalmente presiede, salvo casi specifici, alle ipotesi di mancato esercizio del diritto di godimento, comporta che l'evenienza dei fatti ignoti alla parte convenuta sia tendenzialmente più ricorrente nelle ipotesi di mancato guadagno. Ne consegue sul piano pratico la maggiore ricorrenza per il convenuto dell'onere di contestazione, nel rigoroso rispetto del requisito di specificità previsto dall'art. 115, c. 1, nelle controversie aventi ad oggetto la perdita subita e la maggiore ricorrenza per l'attore dell'onere probatorio, pur in mancanza di contestazione, nelle controversie aventi ad oggetto il mancato guadagno. Si chiarisce così la portata eminentemente pratica delle nozioni di "danno normale" e "danno presunto" emerse nella recente giurisprudenza della Seconda Sezione civile, le quali rinviano, nelle controversie relative alla perdita subita, a una maggiore frequenza dell'onere del convenuto di specifica contestazione della circostanza di pregiudizio allegata e ad una minore frequenza per l'attore dell'onere di provare la circostanza in discorso, data la tendenziale normalità del pregiudizio al godimento del proprietario a seguito dell'occupazione abusiva.

4.10. Vanno in conclusione enunciati i seguenti principi di diritto:

“nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta”;

“nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del

caso mediante il parametro del canone locativo di mercato”;

“nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell'occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato”.

4.11. Tornando ai motivi di ricorso, osserva la parte ricorrente nel secondo motivo che il fatto che le aree non potevano essere vendute costituiva l'esemplificazione in domanda dei pregiudizi, ma ciò che è stato dedotto è la mancata disponibilità ed il pregiudizio derivante dal fatto che le aree erano destinate ad essere utilizzate e vendute come parcheggi. Aggiunge poi nel terzo motivo che, come affermato nella comparsa conclusionale di primo grado, il mancato guadagno può essere ricavato dalla mancata disponibilità, e pertanto dai mancati frutti, dei corrispettivi che sarebbero stati ricavati dalla vendita dei parcheggi e dunque come minimo dagli interessi applicati a tali corrispettivi, e che la corte territoriale non ha quindi preso in considerazione la domanda realmente formulata.

Ciò che in tal modo la parte ricorrente sta denunciando è la violazione del principio di integralità del risarcimento. L'unitarietà del diritto al risarcimento ed il suo riflesso processuale dell'ordinaria infrazionabilità del giudizio di liquidazione comportano che, quando un soggetto agisca in giudizio per chiedere il risarcimento dei danni a lui cagionati da un dato comportamento del convenuto, la domanda si riferisce a tutte le possibili voci di danno originate da quella condotta: ne consegue che, laddove nell'atto introduttivo siano indicate specifiche voci di danno, a tale specificazione deve darsi valore meramente esemplificativo dei vari profili di pregiudizio dei quali si intenda ottenere il ristoro, a meno che non si possa ragionevolmente ricavarne la volontà attorea di escludere dal *petitum* le voci non menzionate (Cass., 7 giugno 2019, n. 15523; 23 ottobre 2014, n. 22514; 31 agosto 2011, n. 17879; 17 dicembre 2009, n. 26505).

La stessa corte territoriale afferma che il danno denunciato con la domanda è quello della mancata possibilità di vendere gli immobili a causa dell'occupazione abusiva. Di tale danno costituisce una voce anche la mancata disponibilità dei corrispettivi, ove le vendite fossero state compiute, in termini di interessi sul capitale. Il giudice di appello ha invece per un verso limitato il *petitum* al prezzo di mercato degli immobili, per l'altro non ha considerato che la mancata menzione di altre voci di danno non potesse intendersi come esclusione delle stesse dal risarcimento invocato.

Emerge invero dalla motivazione un'ulteriore *ratio decidendi*, non specificatamente impugnata, secondo cui gli ulteriori pregiudizi non solo non sarebbero stati

allegati, ma non sarebbero neanche stati provati. Tale *ratio decidendi*, dovendo essere riferita ad un oggetto determinato, pena il vizio di motivazione apparente se intesa quale statuizione indeterminata, va limitata a quanto nello stesso contesto motivazionale evidenziato, e cioè che non è stata dedotta un'altra forma di pregiudizio quale “un'ipotetica differenza di valore tra il prezzo ricavabile al momento dell'instaurazione della controversia e quello ottenibile dal momento della ottenuta disponibilità delle aree”.

Escluso pertanto quest'ultimo pregiudizio, per l'assenza di specifica impugnazione della statuizione, resta il danno in termini di interessi sul capitale, ove tempestivamente percepito, che il principio di integrità del risarcimento impone al giudice del merito di valutare.

P.q.m., accoglie per quanto di ragione il secondo ed il terzo motivo, rigettando per il resto il ricorso; cassa la sentenza in relazione ai motivi accolti; rinvia alla Corte di appello di Cagliari in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Occupazione *sine titulo* e danno *in re ipsa*: tra *punitive damages* e polifunzionalità della responsabilità civile

Sommario: 1. *Premessa*. – 1.1. *Il caso di specie (brevi cenni)*. – 2. *L'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale: tra teoria e pratica*. – 3. *Conclusioni*.

1. *Premessa*

L'arresto delle Sezioni unite in commento ha ad oggetto il tema – assai dibattuto in dottrina e in giurisprudenza – dell'ammissibilità del c.d. danno *in re ipsa*, in caso di occupazione *sine titulo*.

Giova premettere che la sentenza *de qua* si pone a valle rispetto alle due ordinanze di rimessione: la prima, in data 17 gennaio 2022, da parte della Sezione III (1); la seconda ordinanza, invece, è del giorno 8 febbraio 2022, da parte della Sezione II.

(1) L'ordinanza interlocutoria Cass., Sez. III, n. 1162/2022, contiene considerazioni circa la plausibilità di una concezione più generale del danno *in re ipsa*, predicata non soltanto con riferimento all'occupazione *sine titulo* degli immobili, ma anche, nel campo del danno non patrimoniale (Cass., Sez. III, n. 25541/2022, per esempio, in tema di danno da perdita del rapporto parentale, distingue il “danno presuntivo” dal “danno *in re ipsa*”, osservando come nel primo l'allegazione sia suscettibile di essere superata dalla prova contraria della controparte). Nell'ordinanza interlocutoria (n. 3946/2022) della Seconda Sezione civile, invece, si procede a una “disarticolazione” del precetto dell'art. 1223 c.c., contrapponendo il profilo della perdita a quello del mancato guadagno. Al primo profilo attiene l'impedimento al godimento diretto del bene da parte del proprietario, ai fini della cui risarcibilità sarebbe irrilevante il riferimento alla naturale vocazione fruttifera del bene. Nella prospettiva della perdita, il pregiudizio derivante dal fatto dannoso

Le medesime ordinanze hanno avuto il pregio di sottolineare la rilevanza, sul piano del sistema del diritto civile e della responsabilità civile, del problema relativo alla prova del danno nell'ipotesi di occupazione *sine titulo*; nello specifico, in tale materia, si dibatteva se il pregiudizio, inteso quale *deminutio* (2)

costituito dall'occupazione consisterebbe, dunque, non già nell'impedimento a trarre dal bene occupato i frutti civili o naturali che esso può generare, ma già quello alla possibilità di ricavare dal bene occupato l'utilità diretta (il godimento, secondo il linguaggio dell'art. 832 c.c.) che il medesimo offre. Questo impedimento, al fine di innescare l'obbligazione risarcitoria, non dovrebbe richiedere alcuna prova ulteriore e diversa rispetto a quella del fatto generatore del danno, potendo il godimento diretto esaurirsi anche in una fruizione meramente saltuaria o occasionale del bene, o anche nell'*utilitas* derivante dalla mera potenzialità della fruizione. Anche una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto, sarebbe idonea a costituire una posta attiva del patrimonio del proprietario. Sarebbero invece da ricondurre all'ulteriore articolazione dell'art. 1223 c.c. (quella del mancato guadagno) le ipotesi in cui il proprietario faccia discendere dalla privazione della disponibilità del bene un concreto danno da mancato guadagno, poiché in questo secondo caso il proprietario attore dovrebbe, oltre ad allegarle, offrire la prova specifica delle occasioni di guadagno perse. I profili di sviluppo dell'argomento trascendono il problema della prova del danno da occupazione illegittima di immobili e conducono a intercettare il problema della stessa configurazione di una categoria di danno utilizzabile con riferimento a tutte le fattispecie concrete.

(2) Cfr. anche Cass., S.U., 7 ottobre 2021, n. 27287. In tema di responsabilità del conduttore per ritardata restituzione dell'immobile locato, il maggior danno risarcibile *ex art.* 1591 c.c. (in aggiunta alla liquidazione automatica in misura corrispondente al canone pagato prevista da detta norma) dev'essere provato dal locatore – anche per presunzioni – nella sua certa e concreta esistenza e non si identifica nel danno da perdita di chance, la cui configurabilità nel caso è esclusa per la intrinseca incertezza sulla possibilità di conseguire il vantaggio economico che connota questa figura. In base all'art. 32 l. 27 luglio 1978, n. 392, così come novellato dall'art. 1, c. 9-*sexies*, d.l. 7 febbraio 1985, n. 12, convertito con modificazioni dalla l. 5 aprile 1985, n. 118, il locatore, su conforme pattuizione con il conduttore, è abilitato a richiedere annualmente l'aggiornamento del canone per eventuali variazioni del potere di acquisto della moneta; pertanto, è contraria al disposto normativo la clausola che preveda una richiesta preventiva dell'aggiornamento con effetto attributivo di tutte le variazioni Istat che intervengano nel corso del rapporto ovvero una richiesta successiva riferita ad anni diversi da quello immediatamente precedente, e ciò perché la richiesta si pone come condizione per il sorgere del relativo diritto.

Con argomento *a contrario*, la S.C. evidenzia che aprire le porte al risarcimento della (lesione alla) possibilità di ricollocare l'immobile sul mercato, intesa quale bene autonomo (richeggia qui la concezione c.d. ontologica della *chance* perduta), equivarrebbe in sostanza a riconoscere un danno *in re ipsa*, ritenuto non configurabile nella recente giurisprudenza della stessa Corte in materia di occupazione abusiva di immobili: la dimostrazione che (semplicemente) sarebbe stato possibile conseguire l'utile mancato (*l'an debeatur*) non può perciò dare spazio ad una valutazione equitativa *ex art.* 1226 c.c. del *quantum debeatur*, da liquidarsi, secondo la logica propria di questa figura, alla stregua del grado di probabilità del verificarsi dell'evento sperato. Sintetizzando l'approdo cui perviene la pronuncia, dunque, delle due l'una: o il locatore riesce a dimo-

della sfera patrimoniale, intesa *ex multis* come danno emergente e lucro cessante, dovesse o meno considerarsi *in re ipsa*, prescindendosi da uno specifico onere probatorio (art. 2697 c.c.).

Come è noto, infatti, l'onere della prova è una regola che trova il proprio fondamento nel principio giuridico tradizionale secondo cui *onus probandi incumbit ei qui dicit*, che si sostanzia essenzialmente nel porre a carico della parte che allega un fatto a sé favorevole, il dovere di darne prova dell'esistenza. In un'ottica di analisi economica del diritto, colui che agisce per dimostrare la ricorrenza di un pregiudizio si accolla il rischio legato all'incertezza processuale, dovendo subire i costi legati alla dimostrazione dei fatti a fondamento del proprio diritto.

1.1. Il caso di specie (breve cenni)

Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte origina dal giudizio promosso da una società immobiliare nei confronti di un condominio cui la società aveva venduto delle porzioni immobiliari, riservandosi la proprietà di alcune aree adiacenti, destinate a parcheggi.

La società lamentava che a seguito della vendita, il condominio si fosse appropriato anche delle aree destinate a parcheggi dal medesimo non acquistate, impedendone, di fatto, la vendita a terzi da parte della società.

Dunque, in primo grado, la società chiedeva l'accertamento del diritto di proprietà su tali aree con

strare in giudizio, anche presuntivamente, che, riacquistata tempestivamente la disponibilità materiale dell'immobile, lo avrebbe utilmente concesso in godimento ad altri e, allora, la differenza tra il corrispettivo (di cui l'art. 1591 c.c. fa menzione) dovuto dal conduttore.

V.R. Caterina, *Il possesso*, in A. Gambaro, U. Morello (diretto da), *Trattato dei diritti reali*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2008, 357 ss., spec. 388. Egli – rammentando il dibattito tra fautori della materialità e fautori dell'immaterialità (per i quali ultimi il possesso è concepibile anche senza la empirica durezza delle cose) – svolge un sottile e suggestivo distinguo. Altro è la disciplina; altro, il concetto giuridico di possesso. Dire possesso non necessariamente è convocarne tutta la disciplina (azioni di manutenzione e spoglio, l'usucapione e così via); ma dimostrarne lo statuto minimo. Ossia il *minimum* di effetto, al di sotto del quale esso esce dal teatro della rilevanza. Se questo è vero, si vorrebbe qui declinare lo statuto minimo possessorio quale luogo della responsabilità per danni. Appena da avvertire come anche lo spoglio possa risolversi (almeno sul piano dogmatico) in una forma risarcitoria specifica. V. sul punto A. Iuliani, *Note in tema di tutela aquiliana del possesso*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2016, 3, 363 ss., spec. 372-374. V., da ultimo, M. Barcellona, *Per un bilancio a cinquant'anni dal sisma aquiliano*, in *Danno resp.*, 2022, 5, 527 ss. Egli estende la tutela aquiliana non solo alla ricchezza già acquisita ma anche alla possibilità di acquisirla, ossia al poter legittimamente sfruttare possibilità di guadagno. Il problema dell'ingiustizia “nasce sempre dal conflitto tra l'istanza conservativa della ricchezza acquisita e delle possibilità di acquisirla, da un lato, e le immunità che l'ordinamento dispensa in vista di ragioni sistemiche, dall'altro, e si risolve proprio sulla base della sussistenza o dell'assenza di queste ragioni nell'agire interferente del danneggiante”.

ordine di rilascio da parte del condominio e la condanna al risarcimento del danno patrimoniale per la loro illegittima occupazione (c.d. occupazione *sine titulo*).

Il giudice di prime cure rigettava, tuttavia, in via integrale, le domande della società.

La stessa agiva nuovamente in giudizio, dolendosi della decisione del giudice di primo grado, ricorrendo in appello avverso la decisione di prime cure.

La Corte d'appello accoglieva parzialmente il gravame limitatamente all'azione di rivendica; la Corte, in particolare, rigettava la domanda risarcitoria.

La Corte di cassazione successivamente adita accoglieva invece – integralmente – le domande della società e rinviava il giudizio innanzi alla Corte d'appello, che tuttavia rigettava nuovamente le domande della società. Se era pur vero che nella giurisprudenza di legittimità il danno subito dal proprietario per effetto di occupazione illegittima di immobile era stato definito *in re ipsa*, tuttavia, il riconoscimento del danno alla società presupponeva l'allegazione, in concreto, di un pregiudizio derivante dall'impossibilità fattuale di utilizzare l'immobile; gli ermellini evidenziavano, conseguentemente, che tale pregiudizio, nella specie, non era mai stato prospettato.

La società ricorreva quindi ancora una volta in Cassazione, ove – a seguito di ordinanza interlocutoria – la decisione veniva rimessa alle Sezioni unite.

2. L'annoso dibattito dottrinale e giurisprudenziale: tra teoria e pratica

Oggi le Sezioni unite ammettono in linea di principio il concetto di danno *in re ipsa* (e in questo si può dire che aderiscono alla linea della Seconda Sezione) nell'ipotesi dell'occupazione *sine titulo* del terzo, anche se poi finiscono per attenuare la soluzione sul piano pratico.

Come già ribadito in altre pronunce della stessa Corte nel caso di occupazione illegittima di un immobile il danno subito dal proprietario non può ritenersi sussistente *in re ipsa*, atteso che tale concetto giunge a identificare il danno con l'evento dannoso ed a configurare un vero e proprio danno punitivo, ponendosi così in contrasto sia con l'insegnamento delle Sezioni unite della Suprema Corte (cfr. anche Cass., S.U., n. 26972/2008) secondo il quale quel che rileva ai fini risarcitori è il danno-conseguenza, che deve essere allegato e provato.

Ne consegue che il danno da occupazione “*sine titulo*”, in quanto particolarmente evidente, “può essere agevolmente dimostrato sulla base di presunzioni semplici, ma un alleggerimento dell'onere probatorio di tale natura non può includere anche l'esonero dalla allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto” (3).

(3) Cfr. Cass., Sez. III, 25 maggio 2018, n. 13071.

Non è, dunque, escluso il ricorso alla prova per presunzioni (4) – giacché esse costituiscono una prova completa alla quale il giudice di merito può attribuire rilevanza, anche in via esclusiva – e ciò costituisce la ragione del sostanziale “riallineamento” della giurisprudenza della Suprema Corte in tema di danno da occupazione di immobile *sine titulo*, rendendo non necessario – osserva la Cassazione – la rimessione della relativa questione alle Sezioni unite.

Tuttavia, un alleggerimento dell’onere probatorio di tale natura non può includere anche l’esonero dall’allegazione dei fatti che devono essere accertati, ossia l’intenzione concreta del proprietario di mettere l’immobile a frutto.

Il pregio dell’arresto giurisprudenziale nomofilattico che si annota è quello di enucleare taluni principi cardine della fattispecie sostanziale e processuale del fenomeno della responsabilità civile in caso di occupazione illegittima.

Innanzitutto, si statuisce che, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da perdita subita è la concreta possibilità di esercizio del diritto di godimento, diretto o indiretto mediante concessione del godimento ad altri dietro corrispettivo, che è andata perduta.

Si stabilisce, nondimeno, che, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, se il danno da perdita subita di cui il proprietario chiede il risarcimento non può essere provato nel suo preciso ammontare, esso è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, se del caso mediante il parametro del canone locativo di mercato. Viene operata una valorizzazione del canone dell’equità. Essa indica sia un criterio di integrazione del contratto (a norma dell’art. 1374 c.c., il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità), sia un criterio di correzione degli effetti del contratto predisposti dalle parti e che tuttavia risultino concretamente ingiusti.

Parimenti, si cristallizza un ulteriore principio per cui, nel caso di occupazione senza titolo di bene immobile da parte di un terzo, fatto costitutivo del diritto del proprietario al risarcimento del danno da mancato guadagno è lo specifico pregiudizio subito, quale quello che, in mancanza dell’occupazione, egli avrebbe concesso il bene in godimento ad altri verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato o

(4) Si vedano, ad esempio, Cass., Sez. V, ord. 28 aprile 2021, n. 11162 e Sez. I, ord. 26 settembre 2018, n. 23153, alla cui stregua, “in tema di presunzioni semplici, gli elementi assunti a fonte di prova non debbono essere necessariamente più d’uno, ben potendo il giudice fondare il proprio convincimento su uno solo di essi, purché grave e preciso, dovendo il requisito della ‘concordanza’ ritenersi menzionato dalla legge solo in previsione di un eventuale, ma non necessario, concorso di più elementi presuntivi”.

che lo avrebbe venduto ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

La Suprema Corte ha, dunque, riconosciuto la figura del danno in sé e per sé considerato, ammettendo che l’occupazione senza titolo sia fattispecie del diritto al risarcimento del danno per la sua attitudine intrinseca a ostacolare o escludere il diritto di godimento (5). Tale arresto ermeneutico, pare *prima facie* superare la posizione ostile della Terza Sezione che, sulla base di una lettura dogmatica e sistematica della responsabilità civile, ha la *ratio* evitare il riconoscimento stesso della figura in linea di principio.

Per comprendere i confini oggettivi di tale assunto, occorre precisare che, allo stesso tempo, è assai mitigata la potenzialità espansiva di tale riconoscimento del danno *in re ipsa*. Infatti, il danno in questione non solo va inteso quale danno da perdita subita (danno emergente), ma si deve manifestare come perdita della concreta ed effettiva possibilità di esercizio del diritto di godimento del bene. La concretezza della possibilità di esercizio. Si precisa, altresì, che esso può essere diretto o indiretto. Permane, sul piano concreto, l’assoluta necessità di determinare una perdita attuale, escludendo quindi la risarcibilità della perdita meramente ipotetica e potenziale. La perdita o il pregiudizio devono rilevare sul piano della realtà fenomenica e fattuale, non avendo cittadinanza nel sistema della responsabilità civile una *species* di danno ipotetica (6) “affievolita”. Diversamente, si darebbe la stura per il

(5) Per una sintesi dei profili storici, oltre che alla voce enciclopedica citata alla nota precedente, si rinvia a G. Rotondi, *Dalla “lex Aquilia” all’art. 1151 cod. civ.: ricerche storico-dogmatiche*, ora in Id., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1922, 571 s.; P. Cerami, *La responsabilità extracontrattuale dalla compilazione di Giustiano ad Ugo Grozio*, in L. Vacca (a cura di), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (Madrid 7-10 ottobre 1993), Torino, Giappichelli, 1995, 118 s.; B. Kupisch, *La responsabilità da atto illecito nel diritto naturale, La responsabilità civile da atto illecito*, cit., 129 s.; Così A. di Majo, *Rileggendo Augusto Thon in merito ai c.d. danni punitivi dei nostri giorni*, in *Eur.e dir. priv.*, 2018, 1313-1314; A. Lamorgese, *Luci e ombre nella sentenza delle Sezioni unite sui danni punitivi*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 325-326; L.E. Perriello, *Polifunzionalità della responsabilità civile e atipicità dei danni punitivi*, in *Contr. impr. eur.*, 2018, 451.

(6) La letteratura sul punto è vastissima. Cfr, per alcune prime indicazioni: M. Rustad-T. Koenig, *The Historical Continuity of Punitive Damages Awards: Reforming the Tort Reformers*, *Am. U. L. Rev.*, 1993, 1269 s.; A. J. Sebok, *What Did Punitive Damages Do? Why Misunderstanding the History of Punitive Damages Matters Today*, *Chi.-Kent L. Rev.*, 2003, 163 s.; J. Y. Gotanda, *Punitive Damages: A Comparative Analysis*, *Columbia J. Transnatl. Law*, 2003, 391 s.; Francesca Benatti, *Correggere e punire. Dalla law of torts all’inadempimento del contratto* (Milano 2008), 1-7, 28-35; id., *Punitive Damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, a cura di H. Koziol-V. Wilcox, New York, 2009, *passim*; J. Taliadoros, *The Roots of Punitive Damages at Common Law: A Longer History*, *Clev. St. Law Rev.*, 2016, 251 s.; M. O De Girolami, *Reconstructing Malice in the Law of Punitive Damages*, *J. Tort Law*, 2021, 193 s.

risarcimento di posizioni giuridiche soggettive che non abbiano subito un reale pregiudizio; in altri termini, il principio di effettività e la funzione compensativa della responsabilità civile sarebbero irrimediabilmente violate. Si svuoterebbe di qualsivoglia significato l'intero sistema sostanziale e processuale della responsabilità civile. Sul presupposto della prova della perdita attuale, ossia dei fatti che permettono di concludere che la perdita, non certamente solo potenziale, in quanto meramente connessa allo *status* di proprietario, è legata strettamente ad un comportamento legittimo e tutelato dall'ordinamento giuridico, effettivamente impedito; il secondo principio di diritto enucleato opera su un piano distinto; la determinazione del *quantum* nel caso della difficoltà di prova dell'ammontare preciso: in tal modo, il danno è liquidato dal giudice con valutazione equitativa, eventualmente mediante il parametro del canone locativo di mercato (c.d. *fair value* del canone locativo).

La Corte opera, peraltro, uno snellimento dell'onere probatorio rispetto alla componente del danno emergente, quale specifico pregiudizio subito, rappresentato dalla mancata concessione, a causa dell'occupazione, del godimento ad altri, verso un corrispettivo superiore al canone locativo di mercato; altresì, esso indica la mancata vendita ad un prezzo più conveniente di quello di mercato.

Questo pregiudizio deve essere provato sulla scorta del disposto di cui all'art. 2697 c.c. L'onere di provare un fatto ricade su colui che invoca proprio quel fatto a sostegno della propria tesi (*onus probandi incumbit ei qui dicit*): chi vuol far valere in giudizio un diritto deve quindi dimostrare i fatti costitutivi, che ne hanno determinato l'origine.

In altri termini, le Sezioni unite aprono all'idea del danno *in re ipsa* inteso come effetto del mancato godimento, ma ne mitigano, di fatto, immediatamente la portata; la Suprema Corte impedisce l'espansione di tale statuizione, inserendo la necessità della prova di un danno concretamente subito. Occorre precisare come la sussistenza di tale danno si possa provare per presunzioni; tuttavia, esso finisce per consistere in un danno-conseguenza, ossia in un fatto da allegare e provare quale fatto-pregiudizio conseguente al fatto-evento.

Questo assetto appena configurato attenua, in maniera assai rilevante, il riconoscimento iniziale della idoneità dell'occupazione abusiva a ledere il diritto di godimento: una lesione è concreta se è specifica. Essa non si può ridurre e non si riduce alla lesione mera e generica del diritto di godimento.

Viene, in concreto riproposta, la rilevanza sistemica del danno-conseguenza che il danneggiato ha l'onere di provare, mediante un meccanismo presuntivo art. 2729 c.c.

Qualcosa che presuppone i risaputi oneri di allegazione e che accolla in capo al soggetto che subisce l'occupazione *sine titulo* il rischio, in un'ottica di analisi economica del diritto, di vedersi rigettata la domanda.

Il dibattito sull'astratta configurabilità del danno *in re ipsa* ha prodotto ricostruzioni ermeneutiche spesso confliggenti in seno alle sezioni semplici.

Una prima tesi estensiva assume che il danno da occupazione senza titolo sussista *in re ipsa*, in quanto la perdita di un bene immobile si sostanzia nella perdita della facoltà di godere e di disporre del bene stesso.

Ne deriva che la semplice perdita della disponibilità del bene da parte del titolare comporta l'impossibilità di conseguire l'utilità (7) ricavabile dal bene medesimo in relazione alla natura normalmente fruttifera dello stesso (secondo *l'id quod plerumque accidit*). In questo caso la quantificazione del risarcimento può essere operata dal giudice sulla base di elementi presuntivi semplici, facendo riferimento al c.d. danno figurativo (8), cioè al valore locativo del bene abusivamente occupato, ferma restando, in alternativa, la possibilità di una liquidazione in via equitativa ex art. 1226 c.c. Il Principio giuridico dell'Equità è di origine romana, ed esprime l'esigenza di adeguare le norme di legge al caso particolare, allo scopo di at-

(7) La questione sollevata dall'ordinanza della Suprema Corte merita particolare attenzione, atteso che concerne la tenuta costituzionale del sistema apprestato per la tutela del diritto di proprietà. Quest'ultimo, difatti, comprende sia il diritto di disporre che quello di godere delle cose in modo pieno ed esclusivo. Pertanto, è senz'altro risarcibile, non solo l'elisione del potere di disporre dell'immobile, ma anche la soppressione della facoltà di godimento, rispetto alla quale la dimostrazione di concrete e specifiche occasioni di guadagno perdute non assume alcun rilievo. Non si può negare come, nella prospettiva delineata, il proprietario finisca per ottenere una somma che non avrebbe mai tratto dall'immobile, non sfruttando le potenzialità fruttifere, ma la stessa è qualificabile non come reddito, ma come risarcimento per equivalente, volto a compensare il pregiudizio patito per la sottrazione di una delle utilità essenziali della proprietà. D'altra parte, sebbene la pretesa risarcitoria sia di norma fatta valere mediante una domanda accessoria (rispetto a quella principale, nell'azione di rivendicazione, con cui si mira a ottenere il rilascio dell'immobile), la stessa assolve, in concreto, a un ruolo irrinunciabile nel sistema di tutela della proprietà. Ne consegue che limitare il risarcimento ai pregiudizi patiti nella sola facoltà di disporre del bene significa apprestare una tutela incompleta al diritto del proprietario, al quale è riconosciuta anche una facoltà di godimento diretto del bene. Come rilevato dalla Corte, l'utilità ritraibile dal godimento diretto del bene rappresenta una posta attiva del patrimonio del titolare, la cui privazione, anche solo temporanea, rappresenta per se stessa una lesione patrimoniale, qualificabile come danno emergente, risarcibile ex art. 1223 c.c. Diversamente opinando, si finirebbe per ridurre fortemente l'essenza stessa del diritto di proprietà, configurandolo come un insieme di posizioni "dinamiche", trascurando, così, il dato "statico" attinente alla facoltà di godimento. Al medesimo risultato, peraltro, si giungerebbe qualora si richiedesse al proprietario di dimostrare l'"esercizio attivo" della facoltà di godimento. Quest'ultima, come già chiarito, può esaurirsi anche in una fruizione in potenza, che non si traduca in una fruizione in atto.

(8) Di recente P. Trimarchi, *La responsabilità civile, atti illeciti, rischio, danno*, II ed., Milano, Giuffrè, 2019, 9 ss., 524 ss. e 649 ss., ha preso una netta posizione sostenendo che i danni punitivi non sono in senso tecnico compatibili con il nostro sistema, senza però disconoscere che la misura risarcitoria possa avere una "funzione sanzionatrice".

tenuare, in alcuni casi, la severità del diritto positivo. Alcune formule processuali romane imponevano al giudice di fissare l'ammontare delle condanne secondo un principio di giustizia. Tale ricostruzione prendeva le mosse da una estrema valorizzazione del principio equitativo. Già il diritto romano contrapponeva, infatti, l'equità del pretore alla rigidità delle norme dello *ius civile*. Il principio di equità è variamente applicato, in materia di risarcimento del danno; la legge prevede, a norma dell'art. 1226 c.c., che dove questo non risulti con precisione nel suo ammontare viene valutato dal giudice con equità. In relazione ai contratti, la legge prescrive che le parti sono tenute non esclusivamente a quanto in essi è stato stabilito, ma anche alle relative conseguenze di legge degli usi o dell'equità. Occorre sottolineare, tuttavia, la portata di tale presunzione avrebbe carattere non già assoluto ma relativo, *ius tantum*. Si lascia, sul piano processuale, inalterata la possibilità, per il convenuto, di fornire la prova contraria, ossia la prova che il proprietario non avrebbe comunque, in concreto, sfruttato economicamente l'immobile oggetto di occupazione *sine titulo*. Tale ricostruzione è aspramente criticata, poiché muoverebbe da assiomi non dimostrati, quale quello per cui il bene immobile sarebbe funzionalmente e intrinsecamente volto alla produzione di ricchezza; la massima di esperienza per cui il bene immobile è dotato di una vocazione intrinsecamente fruttifera sarebbe smentita anche dall'istituto giuridico dell'usucapione, il quale conferma proprio come non sempre il proprietario scelga di mettere l'immobile a frutto. Un distinto orientamento, al contrario, opera una forma di riconduzione per cui il danno da occupazione abusiva sarebbe parte della categoria del danno-conseguenza. Tale assunto non è meramente classificatorio, ma è foriero di risvolti pratico-applicativi. Da ciò deriva la necessità per il danneggiato di provare l'effettiva lesione arrecata al proprio patrimonio per non aver potuto sfruttare economicamente il bene. Tale assetto è rappresentativo della tradizione dogmatica civilistica in materia di responsabilità civile.

La *ratio* è anti-elusiva: si desidera evitare che il danno *in re ipsa* possa fungere da strumento per erodere e snaturare la funzione compensativo-riparatoria del risarcimento rendendola punitiva, in mancanza dell'intermediazione legislativa con funzione tipizzante, e, quindi, oltre i casi in cui ciò risulta ammesso. Difatti per tale orientamento, ove il danno da occupazione *sine titulo* di un immobile fosse *in re ipsa*, si configurerebbe un pregiudizio economico ritenuto conseguenza automatica di una data lesione, andando ben oltre le presunzioni.

Si configurerebbe una ipotesi peculiare di danno punitivo (9), con funzione eminentemente sanzionato-

(9) Nell'ordinamento giuridico di *common law* le varie componenti della condanna pecuniaria inflitta al responsabile di un illecito civile si distinguono sulla base dello scopo che perseguono, ovvero tra risarcimenti con finalità restitutoria o riparatoria (*compensatory damages*) e somme integrative con fina-

ria (10), propria di altri sistemi giuridici. Secondo una terza ricostruzione ermeneutica, che tende a mitigare la portata del contrasto, attribuendo rilevanza alla prova presuntiva *ex se*. In questo senso, si osserva che il contrasto giurisprudenziale sarebbe meramente apparente in quanto la tesi del danno *in re ipsa* non prescinde dall'accertamento di un danno effettivo, ma si limita ad affidarlo alla prova logica presuntiva.

In concreto, ricorre, in ogni caso l'esigenza di allegare e provare l'intenzione concreta di mettere l'immobile a frutto confligge con l'affermazione della possibilità del ricorso a presunzioni.

Difatti, trattandosi di *praesumptio hominis*, essa non attiene alle deduzioni delle parti, ma all'operato del giudice, il quale se ne avvale per risalire dagli elementi di fatto acquisiti ai fatti costitutivi della fattispecie sottoposta al proprio esame, ai sensi dell'art. 115, c. 2, c.p.c., nella misura in cui rientrano nella sfera del notorio, ovvero avvalersi allo stesso modo delle c.d. massime d'esperienza, precipuamente intese a governare il ragionamento di tipo presuntivo.

Occorre, per maggiore completezza, precisare che la *querelle* è presentata da due distinte angolazioni: da un lato, la Sezione III analizza l'ammissibilità della qualificazione del danno in questione come danno *in re ipsa*, richiamando il dibattito del danno non patri-

lità solo simbolica o addirittura punitiva e deterrente (*non compensatory damages*). Pertanto, in materia di responsabilità civile e anche in materia di risarcimento del danno, gli ordinamenti di *common law* prevedono il singolare istituto dei "*punitive damages*", ovvero i danni punitivi. Ripercorrendo l'*excursus* storico di tale istituto giuridico si nota che venne introdotto nell'ordinamento anglosassone nel XIV secolo.

(10) G. Calabresi, *Le pene private e il carattere misto della responsabilità civile*, in *Le pene private* cit., 418; Id. *The Complexity of Torts-the case of punitive Damages in MS Madden, Exploring tort law*, Cambridge University Press, 2005; Id. *The costs of accidents*, New Haven e Londra: Yale University Press, Unites States, 1970; C. Castronovo, *Del non risarcibile aquiliano: danno meramente patrimoniale, c.d. perdita di chance, danni punitivi, danno c.d. esistenziale*, in *Europa e dir. priv.*, 2008; Id., *Il danno all'ambiente nel sistema di responsabilità civile*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2008, 511 ss.; L. Ciaroni, *Il paradigma della responsabilità civile tra tradizione e prospettive di riforma*, in *Europa e dir. priv.*, 2007, 1129; R. D. Cooter, D. L. Rubinfeld, *Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution*, in *Journal of Economic Literature*, Vol. 27, No. 3, 1989, pp. 1067-1097; V. Di Cataldo, *Compensazione e deterrenza nel risarcimento del danno*, in *Giur. comm.*, 2008, I, 198 ss.; F.D. Busnelli, G. Scalfi (a cura di), *Le pene private*, cit. 31.; A. Albanese, *Ingiustizia del profitto e arricchimento senza causa*, Milano, 2005; A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, Oxford, 2009, 421 ss.; F.D. Busnelli, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito e danni punitivi*, in *Eur. dir. priv.*, 2009; id., *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964; D. Fondaroli, *Illecito e riparazione del danno*, Bologna, 1999; M. Franzosi, *Fatti illeciti - Supplemento (art. 2043, 2056-2059)*, in *Commentario Scialoja-Branca*, F. Galgano, (a cura di), 2004, 666; id., *Il nuovo danno all'ambiente*, in *Resp. civ.*, 2009, 785; id., *Trattato della responsabilità civile. L'illecito*, 2004; F. Galgano, *Alla ricerca delle sanzioni civili indirette: premesse generali*, in *Contr. e impr.*, 1987, p. 532.

moniale; dall'altro lato, la Sezione II colloca al centro del discorso la struttura del diritto di proprietà, il quale si scinde nel potere di disporre, la cui lesione sarebbe destinata a risolversi solo in un lucro cessante, per il quale varrebbero in toto gli oneri di specifica allegazione e prova del pregiudizio lamentato, e nel potere di godere. Invece, in tale prospettiva, a venire in rilievo sarebbe l'impedimento mero a ricavare dal bene occupato l'utilità diretta, ossia il godimento *ex art. 832 c.c.*, che non dovrebbe richiedere altra prova ulteriore rispetto a quella del fatto generatore del danno.

Sulla base di una prima ricostruzione, si evoca una concezione reale del danno: si valorizza la possibilità di accreditare una concezione del danno, attinente alla compressione del potere o facoltà di godimento in quanto tale del bene, anche a prescindere dalla possibilità di ritrarne frutti civili o naturali.

Questa impostazione consente di ipotizzare una peculiare tutela risarcitoria, con riferimento alla componente statica del diritto di proprietà.

Essa si riconduce all'utilizzo diretto del bene da parte del titolare del diritto, corrispondendo il danno alla lesione in sé del godimento del bene, generativa di un danno-conseguenza, coincidente con il danno-evento.

In tal caso il danno *in re ipsa*, in considerazione della sola perdita del diritto di godimento in capo al titolare.

Tale ricostruzione del danno *in re ipsa* è aspramente criticata, poiché in contrasto con i dogmi della responsabilità civile, rilevando, ai fini risarcitori, il solo danno conseguenza, (da allegare e provare necessariamente).

Siffatta tesi ermeneutica darebbe cittadinanza ai cc.dd. danni punitivi, forieri di obbligazioni risarcitorie non solo meramente reintegrativo-compensative, ma sanzionatorie (11).

(11) Il principio secondo il quale non si può permettere a nessuno di trarre giovamento e profitto dal compimento di un comportamento illecito e, pertanto, la previsione di figure rimediali con carattere sanzionatorio e punitivo, è diventato un dogma irrinunciabile al fine di porre certezza nell'ordinamento giuridico ma anche nei contratti e negli scambi economici. Di fatto trova qui applicazione il proverbio "il fine giustifica i mezzi". Ecco allora che nel sistema di *common law* faceva ingresso la categoria rimediale dei *punitive damages* nella sua accezione di ristoro del pregiudizio sofferto da un soggetto e secondo cui il giudice doveva applicare una "pena privata" da quantificare in maniera proporzionale all'offesa arrecata nel caso pendente: infatti la disciplina americana in materia di responsabilità civile, in caso di evento dannoso ed economicamente perseguibile, consente al danneggiato l'effettivo risarcimento sia del pregiudizio economico sofferto, sia dei danni non parimenti monetizzabili, i c.d. *pain and suffering*. I principi che stanno alla base dell'istituto processuale dei *punitive damages* sono gli stessi che fondano l'intero sistema dell'*Equity*, ovvero di quel sistema giuridico anglosassone che si è sviluppato grazie all'operato delle Corti regie di giustizia.

3. Conclusioni

Il contrasto sembra, tuttavia, stemperarsi, per la circostanza per cui entrambi gli indirizzi riconoscono la facoltà di provare il danno, mediante il ricorso alle presunzioni semplici o al fatto notorio.

L'annosa querelle attiene alla *species* di danno risarcibile: è dibattuto, in dottrina e in giurisprudenza, se si sia o meno in presenza di un danno emergente o di un lucro cessante, con tutto quanto ne consegue sul piano probatorio.

Ciò, a sua volta, impone di prendere posizione sul contenuto del diritto di proprietà, stabilendo se il mero mancato godimento del bene possa integrare un danno.

Il dibattito tende inevitabilmente a scivolare dal piano sostanziale – quello della configurabilità del risarcimento nel caso di danno *in re ipsa* – al piano strettamente processuale dell'onere della prova.

Anche l'indirizzo che ripudia l'ammissibilità di un danno presunto acconsente poi, alla fine, di andare ad alleggerire l'onere della prova gravante sul danneggiato, giungendo quasi ad una sua inversione, mediante il ricorso allo strumento delle presunzioni semplici. Le distanze fra i risultati attinti dai due orientamenti sono, in realtà, meno rilevanti di quanto appare *prima facie*.

La risposta di compromesso delle S.U. si muove, appunto, in una prospettiva riduzionistica, con funzione di mitigazione degli effetti sul piano sostanzial-processuale. Ammessa in linea teorica, la nozione di danno *in re ipsa* (12) viene stemperata finendo per appropiare sul dogma di allegazione del pregiudizio, prova presuntiva, liquidazione in via equitativa.

Pertanto si è affermato che, in caso di occupazione di un immobile *sine titulo*, il danno subito dal proprietario non può ritenersi *in re ipsa*, ma deve essere sempre provato, ancorché attraverso il ricorso a presunzioni semplici (13), che comunque rivelino

(12) E proprio il richiamo al danno *in re ipsa* in tale contesto induce a riflettere sulle convergenze o simmetrie che fra le due forme di responsabilità (contrattuale ed extracontrattuale) si possono costruire anche grazie alla figura di cui si tratta, ancorché non sia questa la sede per trattarne.

(13) Nel medesimo senso Cass. n. 1162/2021 cit., la quale nota che il danno *in re ipsa* vero e proprio "non comporterebbe soltanto un semplice alleggerimento del peso probatorio del danneggiato: questi verrebbe, a ben vedere, sollevato anche dall'onere di allegazione del danno, con conseguente commissione del diritto di difesa dell'autore della violazione", sicché "salva la prova contraria del preteso danneggiante, il soggetto leso potrebbe ottenere un risarcimento anche quando, in concreto, non abbia subito alcun pregiudizio". Non si comprende appieno se il danno sia presunto o se vada allegato e provato; se il *discrimen* consista nell'intensità dell'onere di allegazione e prova in capo al presunto danneggiato o, infine, se riguardi solo il *quantum* del risarcimento". Inoltre, nel senso che "la Suprema Corte discorre con tanta costanza di danno *in re ipsa*, ma ciò che intende dire è semplicemente che la prova del danno è *in re ipsa*, dal momento che "il danno a carico del proprietario privato del godimento del bene, pur concettual-

l'intenzione concreta del proprietario di mettere l'immobile a frutto, dovendo, inoltre, la liquidazione equitativa dello stesso compiersi sulla base di un prudente contemperamento dei vari fattori di probabile incidenza del pregiudizio nel caso concreto, essendo il giudice chiamato a dare conto, in motivazione, del peso specifico attribuito ad ognuno di essi, in modo da rendere evidente il percorso logico seguito nella propria determinazione e consentire il sindacato del rispetto dei principi del danno effettivo, dell'integralità e della funzione eminentemente reintegrativo-compensativa del risarcimento.

GIUSEPPE MARIA MARSICO

mente distinto dalla lesione del diritto di proprietà, è un danno che può normalmente desumersi dalla lesione stessa”.

Sul punto v. F. Di Marzio, *Occupazione di immobili senza titolo e rimedi esperibili dal proprietario*, in *Imm. propr.*, 2011, 6, 382. M. Barcellona, *Attribuzione normativa e mercato nella teoria dei beni giuridici*, in *Quadrimestre*, 1987, 681, segnala come il principio di patrimonialità rinvia al mercato, “nel quale si soddisfano tanto interessi patrimoniali che interessi non patrimoniali e nel quale la forma economica della merce dipende soltanto dalla tramutabilità di qualsiasi utilità o di qualsiasi interesse di qualsivoglia natura in valore di scambio”.

Nel senso di innominato; non previsto da disposizioni vigenti.

N. Rizzo, *La causalità civile*, Torino, Giappichelli, 2022, 132 ss; Id, *Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria*, in *Resp. civ. prev.*, maggio-giugno 2022, 713 ss.,

La tesi di Rizzo parrebbe riposare sul dualismo causalità materiale – danno evento/causa giuridica – danno conseguenza. Postulando la scomposizione dei due commi dell'art. 1227: il primo, da riferire al danno evento (art. 1218 c.c.); il secondo, al danno conseguenza (art. 1223 c.c.).

Questo servirebbe solo alla valutazione economica di quello. In presenza di un contributo causale del terzo, il risarcimento sarà ridotto “considerando l'efficienza eziologica della causa giuridicamente rilevante”.

Tale è appunto la causalità convocata dall'ordinaria diligenza dell'art. 1227, c. 2, c.c.

Gli effetti plausibilmente prevedibili; e così evitabili, tenendo un comportamento ordinariamente diligente.

Non si sfugge: se l'effetto empirico (la frattura) appare evitabile. Si potrà discutere sulla eziologia dell'evitabilità. Quali conseguenze includere nella ordinaria evitabilità e quali escludere.

Ma non è questo il punto. Il punto è che l'art. 1223 non descrive una sorta di diversa causalità, meramente contabile. Implica la categoria universale della *conditio*.

La costruzione del fatto si realizza attraverso il dispiegarsi degli accadimenti in sequenza, stretti in unità dal nesso di dipendenza eziologica.

Il fatto dannoso è pensato come divenire sequenziale; ed è costituito dalle conseguenze dell'art. 1223. Le quali si dimostrano irrilevanti come titolo risarcitorio quando ordinariamente evitabili dal danneggiato.

Cfr. anche A. Iuliani, *op. cit.*, 363 ss.

4264 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; ordinanza 10 febbraio 2023; Pres. (f.f.) D'Ascola, Est. Di Paolantonio; O.G.C. e altro c. Proc. gen. Corte dei conti e altri.

Cassa senza rinvio Corte conti, Sez. I centr. app., 11 novembre 2021, n. 460.

Giurisdizione e competenza – Società a partecipazione pubblica – Danno – Giurisdizione del giudice ordinario – Sussistenza – Fattispecie.

Cost. art. 103, c. 2; r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, approvazione del t.u. delle leggi sulla Corte dei conti, art. 13; d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, t.u. in materia di società a partecipazione pubblica, art. 12.

In tema di società di capitali a partecipazione pubblica, prive dei requisiti per essere qualificate “in house”, la giurisdizione della Corte dei conti sussiste solo qualora sia prospettato un danno arrecato dalla società partecipata al socio pubblico in via diretta, e non quale mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale, o sia contestato al rappresentante del socio pubblico di aver colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione, o, infine, sia configurabile la speciale natura dello statuto legale di alcune società partecipate (nella specie, la S.C. ha dichiarato il difetto di giurisdizione contabile, non essendosi prospettato lo sviamento ad altri fini del capitale pubblico, bensì il pregiudizio economico al patrimonio della società partecipata, che solo indirettamente si ripercuoteva sull'ente pubblico socio, attraverso la diminuzione del valore della quota di partecipazione). (1)

Ragioni della decisione – 1. Preliminarmente occorre dare atto della rinuncia al ricorso incidentale formulata, nel rispetto delle forme richieste dall'art. 390 c.p.c., da D.P., che ha allegato all'atto la scrittura privata di transazione stipulata con il Comune di *Omissis* il 27 giugno 2022 e l'assenso prestato dalla Procura regionale per la Lombardia alla compensazione delle spese di lite. L'intervenuta rinuncia determina ex art. 391 c.p.c. l'estinzione del giudizio di legittimità, limitatamente al ricorso incidentale.

2. Il ricorso principale denuncia, con un unico motivo formulato ai sensi dell'art. 360, n. 1, c.p.c., “violazione e/o falsa applicazione degli artt. 102 e 103 Cost., dell'art. 1 d.lgs. n. 174/2016 e dell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016”.

I ricorrenti ripercorrono, in premessa, le vicende sulle quali si è innestata l'azione di responsabilità contabile e deducono che il raccordo ferroviario alla cui realizzazione era finalizzato il contratto di appalto era già stato oggetto di intese intervenute fra *Omissis* s.r.l.

(1) I. - Massima ufficiale.

II. - Segue la nota di S. Miriello, *Il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario in tema di società a prevalente capitale pubblico*.

e *Omissis* s.r.l. e per questo la *Omissis* aveva ottenuto da Rete Ferroviaria l'approvazione del progetto presentato. Si trattava, quindi, di un'opera privata, destinata a realizzare esclusivamente un interesse economico ed imprenditoriale della committente, tanto che la perizia di stima del patrimonio della s.r.l., poi divenuta *Omissis* s.r.l., evidenziava che “il vero motivo di interesse è rappresentato dal possesso, da parte di *Omissis* s.r.l., di una concessione rilasciata da Rfi per la costruzione di un raccordo ferroviario nella stazione di *Omissis*”.

Muovendo da detta premessa e ribadito che la s.r.l. *Omissis*, società a capitale misto pubblico-privato, non ha mai posseduto i requisiti necessari per essere qualificata *in house providing*, i ricorrenti asseriscono che in applicazione dell'art. 12 del d.lgs. n. 175/2016 la giurisdizione contabile doveva essere esclusa, perché il legislatore con la disposizione citata ha inteso limitare l'azione per danno erariale alle sole ipotesi in cui venga in rilievo la responsabilità degli organi di gestione e di controllo di società di capitali qualificabili *in house*.

Aggiungono che *Omissis* s.r.l. perseguiva scopi prettamente industriali e commerciali tanto che, in ragione dell'assenza del perseguimento di interessi generali della comunità territoriale, su sollecitazione della Sezione regionale di controllo della Corte dei conti, il Comune di *Omissis* avviava il programma di cessione a terzi della partecipazione indiretta.

Richiamano, poi, la relazione redatta dal liquidatore della s.r.l. il quale, nel richiedere il fallimento della s.r.l., sottolineava che «l'oggetto sociale della società, consistente nel “progettare, costruire e gestire l'impianto di raccordo ferroviario”, prevedeva inoltre “l'attività di movimentazione merci, stoccaggio, trasporto [...]” ed ancora i “servizi di manutenzione di mezzi ferroviari e stradali [...] attività di ristorazione ed alberghiera al servizio del raccordo ferroviario”», ossia “un oggetto squisitamente commerciale ed un palese fine di lucro [...] assai distanti dalla gestione di un mero servizio comunale”.

Deducono, richiamando giurisprudenza di queste Sezioni unite, che il danno cagionato al patrimonio di una società a partecipazione pubblica dalla *mala gestio* degli amministratori (o componenti dell'organo di controllo) e dei dipendenti, non è qualificabile in termini di danno erariale, inteso come pregiudizio direttamente arrecato al patrimonio dello Stato o di altro ente pubblico che della detta società sia socio, atteso che la distinzione tra la società di capitali e i singoli soci e la piena autonomia patrimoniale della prima rispetto ai secondi non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio dell'ente, né di configurare un rapporto di servizio tra l'ente medesimo e l'agente.

3. Il ricorso è fondato.

Queste Sezioni unite da tempo hanno affermato, con orientamento costante (cfr. fra le tante più recenti Cass., S.U., 15 gennaio 2021, n. 614 e 13 settembre

2018, n. 22409), che la mera assunzione della qualità di socio da parte dello Stato o di un ente pubblico non costituisce una ragione sufficiente ai fini della devoluzione dell'azione di responsabilità alla giurisdizione contabile. Infatti, al di fuori delle ipotesi della società *in house* e delle società c.d. legali (quelle, cioè, attraverso le quali l'ente pubblico svolge un'attività amministrativa in forma privatistica), il danno subito dalla società a causa della *mala gestio* degli amministratori o dei componenti dell'organo di controllo non è qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio arrecato direttamente allo Stato o all'ente pubblico che rivesta la qualità di socio, dal momento che la distinta soggettività giuridica riconosciuta alle società di capitali e l'autonomia patrimoniale di cui le stesse sono dotate rispetto ai loro soci escludono, sia la possibilità di riferire al patrimonio di questi ultimi il danno che l'illecito comportamento degli organi sociali abbia eventualmente arrecato al patrimonio della società, sia la configurabilità di un rapporto di servizio tra l'agente e l'ente titolare della partecipazione (cfr. Cass., S.U., 11 settembre 2019, n. 22712; 2 settembre 2013, n. 20075; 3 maggio 2013, n. 10299).

Ove la società partecipata dallo Stato o dall'ente pubblico non posseda i requisiti richiesti per essere qualificata *in house*, la giurisdizione della Corte dei conti sussiste nei soli casi in cui sia prospettato un danno arrecato dal rappresentante della società partecipata al socio pubblico in via diretta (non, cioè, quale mero riflesso della perdita di valore della partecipazione sociale), o sia contestato al rappresentante del socio pubblico di aver colpevolmente trascurato di esercitare i propri diritti di socio, così pregiudicando il valore della partecipazione, o, infine, sia configurabile la speciale natura dello statuto legale di alcune società partecipate (cfr. Cass., S.U., n. 22409/2018 cit.).

4. Le conclusioni cui è pervenuta l'elaborazione giurisprudenziale, hanno trovato conferma nell'art. 12 d.lgs. n. 75/2016 che, nel disciplinare la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società a partecipazione pubblica, ha previsto che “*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È devoluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al comma 2.*”

Costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti, ivi compreso il danno conseguente alla condotta dei rappresentanti degli enti pubblici partecipanti o comunque dei titolari del potere di decidere per essi, che, nell'esercizio dei propri diritti di socio, abbiano con dolo o colpa grave pregiudicato il valore della partecipazione”.

La disposizione citata distingue, infatti, il danno arrecato direttamente al capitale della società (e solo indirettamente all'ente pubblico partecipante) da quello che incide in via diretta ed immediata sul valore della partecipazione dell'ente pubblico e, mentre per il primo consente l'azione di responsabilità contabile solo qualora si sia in presenza di una società *in house*, per l'altro prescinde da detta qualificazione, ma sempre a condizione che sussista una relazione diretta, non mediata, fra la condotta tenuta dal rappresentante della società o da quello del socio pubblico e il danno subito dalla pubblica amministrazione.

4.1. In tal senso queste Sezioni unite si sono già espresse (Cass., S.U., 18 maggio 2022, n. 15979) evidenziando che l'*incipit* del c. 2 dell'art. 12 per la sua ampiezza (il danno [...] subito dagli enti partecipanti) e per il mancato richiamo al comma 1, non consente opzioni ermeneutiche che limitino l'applicazione del comma in parola alle sole società *in house* ed il riferimento fatto a coloro che hanno mal gestito la partecipazione dall'interno della società partecipata “*non preclude la natura più ampia ed infatti generale della descritta proposizione principale, nettamente scolpita nell'affermazione per cui costituisce danno erariale il danno, patrimoniale o non patrimoniale, subito dagli enti partecipanti [...] la responsabilità viene qui definita solo in senso oggettivo (con riguardo al danno), lasciando impregiudicata la selezione soggettiva di chi, diverso dai rappresentanti e decisori di cui all'inciso, abbia comunque assunto, nell'ente pubblico partecipante (o in una relazione di servizio con esso), una condotta connessa ad attività della società partecipata e causativa in modo diretto del danno all'ente pubblico medesimo*”.

Con la pronuncia citata si è precisato anche che l'ampia formulazione della rubrica dell'art. 12 (Responsabilità degli enti partecipanti e dei componenti degli organi delle società partecipate) ed il mancato richiamo nel comma 2 alla vicenda del danno erariale risalente a condotte degli amministratori e dipendenti delle società *in house* di cui al comma 1, non lasciano spazio ad una interpretazione restrittiva della disposizione in commento, con la quale il legislatore, nel recepire sostanzialmente gli approdi ai quali la giurisprudenza era già pervenuta, non ha certo inteso affermare “*che, al di fuori delle società in house, sarebbe sempre, per principio normativo, assente la possibilità di configurare un danno erariale diretto all'ente pubblico partecipante, a prescindere dalla vicenda del titolo di affidamento di un eventuale servizio pubblico o sostegno finanziario assicurato alla società partecipata e della natura pubblica delle risorse (malamente) utilizzate, così irragionevolmente limitando il nesso di collegamento della responsabilità erariale ai soli canoni dell'agire della pubblica amministrazione per il tramite di una società in house providing*”.

Resta, quindi, ancora attuale l'orientamento, richiamato in premessa, secondo cui la natura non *in house* della società partecipata non esclude in radice, come sembra sostenere parte ricorrente, l'azione era-

riale, azione che resta consentita, ma solo a condizione che venga fatto valere un danno cagionato in via diretta, e non mediata, alla partecipazione dell'ente pubblico.

5. Qualora, poi, alla società non *in house*, partecipata dall'ente pubblico, venga affidata la cura di un servizio o la realizzazione di un'opera pubblica, ossia attività in passato riservate alla pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione come delineato dall'art. 12 d.lgs. n. 175/2016, va coniugato con l'applicazione dei principi enunciati da queste Sezioni unite in relazione alle ipotesi in cui il soggetto privato venga investito di funzioni obiettivamente pubbliche, che gli attribuiscono la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione.

Detti principi sono stati riassunti da Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755, che ha ripercorso l'evoluzione giurisprudenziale con la quale al criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, è stato sostituito un criterio oggettivo, che fa leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziarie a tal fine adoperate.

Si è, quindi, giunti ad affermare che la responsabilità amministrativa per danno erariale postula una relazione funzionale tra il presunto autore dell'illecito e l'amministrazione pubblica, relazione che non implica necessariamente un rapporto di impiego in senso proprio, essendo sufficiente un rapporto di servizio inteso quale relazione funzionale che rende l'autore del danno compartecipe dell'operato dell'amministrazione o dell'ente. Tale rapporto di servizio sussiste allorché un ente privato esterno all'amministrazione venga incaricato di svolgere, nell'interesse e con le risorse di quest'ultima, un'attività o un servizio pubblico in sua vece, inserendosi in tal modo nell'apparato organizzativo della pubblica amministrazione, mentre è irrilevante il titolo in base al quale la gestione è svolta, che può consistere in un rapporto di pubblico impiego o di servizio, in una concessione amministrativa, in un contratto e perfino mancare del tutto, potendo il relativo rapporto modellarsi secondo gli schemi generali previsti e disciplinati dalla legge, ovvero discostarsene in tutto o in parte (Cass., S.U., 12 dicembre 2019, n. 32608 che richiama S.U., 14 gennaio 2015, n. 473 e 30 agosto 2019, n. 21871).

6. Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755 (negli stessi termini Cass., S.U., n. 32608/2019 cit. e S.U. n. 15979/2022 cit.) ha precisato che in tal caso l'esistenza di un rapporto di servizio, idoneo a fondare la giurisdizione del giudice contabile può essere configurata in capo alla società, ma non anche personalmente in capo ai soggetti (organi o dipendenti) della stessa, essendo questa dotata di autonoma personalità giuridica. Data la distinta personalità di cui la società è dotata e la sua conseguente autonomia patrimoniale rispetto ai soci (e quindi rispetto all'ente pubblico partecipante), i danni eventualmente ad essa cagionati dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da

atti illeciti imputabili a organi o a dipendenti non integrano gli estremi del danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole di diritto privato, e non su quello del socio pubblico.

6.1. Ricordati i principi solo apparentemente dissonanti affermati in relazione agli amministratori di società e di associazioni private, le Sezioni unite hanno evidenziato che in quei casi veniva in rilievo un danno (quale quello derivante dalla distrazione ad altri fini di erogazioni effettuate dall'ente pubblico in ragione del perseguimento di interessi di carattere generale) direttamente arrecato alla finanza pubblica, sicché, con riferimento alle società partecipate non *in house*, concessionarie di servizio pubblico, hanno ribadito che il danno ha natura erariale e consente l'azione anche nei confronti dell'amministratore della società a condizione che il pregiudizio che si fa valere sia quello sofferto, non dalla società partecipata, ma direttamente dall'ente pubblico, per le condotte connesse alla concessione del servizio.

7. Sulla base dei richiamati principi, qui ribaditi, il ricorso principale deve essere accolto.

Premesso che per incardinare la giurisdizione della Corte dei conti è condizione necessaria l'allegazione di una fattispecie oggettivamente riconducibile allo schema del rapporto d'impiego o di servizio del suo preteso autore (Cass., S.U., n. 31755/2019 cit. ed i richiami ivi contenuti al punto 6.4), va detto che l'azione è stata esercitata sul presupposto che alla società *Omissis*, partecipata di secondo livello, sarebbero state trasferite "funzioni oggettivamente pubbliche proprie del comune, necessarie per la realizzazione dell'opera, con le correlate risorse finanziarie" (p. 21 dell'atto di citazione) ed il danno, qualificato erariale, è stato ravvisato, in ragione della sostanziale inutilizzabilità delle opere realizzate, nell'intera somma liquidata dalla direzione dei lavori in favore della società appaltatrice (p. 23 della citazione).

Nella citazione si sottolinea, da un lato, che detto danno è stato conseguenza della "scriteriata gestione dei rapporti con la società appaltatrice i lavori, ed in particolare (del)la mancata adozione delle misure e delle cautele normalmente richieste ed esigibili da un amministratore di società pubbliche affidatarie di commesse di rilievo pubblicistico" (p. 23), dall'altro che "per effetto di tale scriteriata gestione si è determinata anche una perdita di valore delle quote di *Omissis* s.r.l. detenute dalla *Omissis* s.p.a., con inevitabili ripercussioni sul patrimonio del socio unico (Comune di *Omissis*)" (p. 22).

La procura regionale, quindi, non ha agito per far valere la distrazione o lo sviamento ad altri fini di capitale pubblico, né ha domandato il ristoro del pregiudizio direttamente cagionato all'ente territoriale titolare della partecipazione, avendo, invece, individuato il danno nell'intera somma liquidata in favore della società appaltatrice dalla *Omissis* s.r.l., così prospettando un pregiudizio economico che solo indirettamente si ripercuote sull'ente territoriale, per il tramite della

diminuzione del valore della quota detenuta dalla società partecipata dal Comune di *Omissis*.

Si è quindi in presenza di condotte di *mala gestio* in relazione alle quali gli strumenti di reazione sono quelli apprestati dal diritto privato, strumenti ai quali, come evidenziato nello storico di lite, l'ente territoriale e la società direttamente partecipata da quest'ultimo hanno fatto ricorso.

8. Va, di conseguenza, dichiarato il difetto di giurisdizione della Corte dei conti.

Non occorre provvedere sulle spese stante la natura di parte solo in senso formale del Procuratore generale presso la Corte dei conti.

P.q.m., la Corte dichiara l'estinzione del giudizio di cassazione limitatamente al ricorso incidentale.

Accoglie il ricorso principale, dichiara il difetto di giurisdizione del giudice contabile e cassa senza rinviare la sentenza impugnata.

Il riparto di giurisdizione tra giudice contabile e giudice ordinario in tema di società a prevalente capitale pubblico

Le Sezioni unite della Suprema Corte di cassazione, con l'ordinanza in epigrafe, hanno affrontato la questione circa il riparto di giurisdizione in tema di società di capitale a partecipazione pubblica, priva dei requisiti necessari per essere qualificata *in house providing*, in conseguenza della *mala gestio* degli amministratori e dei dipendenti.

La questione, risultando particolarmente complessa, richiede, in via preliminare, di tratteggiare i confini della giurisdizione della Corte dei conti che, ai sensi dell'art. 103, c. 2, Cost. vengono individuati "*nelle materie di contabilità pubblica e nelle altre specificate dalla legge*". In tal senso il contenuto e i limiti della giurisdizione della Corte dei conti, in tema di responsabilità, trovano la loro base normativa nella previsione del r.d. n. 1214/1934, art. 13, secondo cui la Corte giudica sulla responsabilità per i danni arrecati all'erario da pubblici funzionari nell'esercizio delle loro funzioni. Il fondamento dell'attribuzione alla Corte dei conti di funzioni giurisdizionali è rinvenibile nella necessità di verificare, sia *ex ante* con un sistema di controlli, sia *ex post* con decisioni di un organo neutrale – qual è il giudice – l'operato di chi maneggia risorse della collettività e di chi agisce per conto di una pubblica amministrazione (cfr. Cass., S.U., 15 gennaio 2010, n. 519). Da ciò, quindi, si evince che i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti sono stati tradizionalmente individuati in relazione alla netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato.

Tuttavia, la più recente evoluzione normativa del sistema, ha reso l'individuazione di tali confini più complessa, soprattutto in seguito al fenomeno della c.d. privatizzazione che ha comportato il trasferimento in capo a soggetti privati di una serie di attività che

una volta erano ritenute di pertinenza esclusiva della sfera pubblica. In ragione di ciò, dottrina e giurisprudenza hanno discusso circa l'applicabilità della responsabilità amministrativa, con la conseguente giurisdizione della Corte dei conti, agli amministratori e ai dipendenti di società di capitali in mano pubblica. Sul punto le diverse posizioni, che sono state elaborate, possono essere ricondotte ai seguenti tre orientamenti.

Una prima corrente, caratterizzata da un'impostazione tradizionalista tale da rimanere costante per oltre un trentennio, riconosce la giurisdizione del giudice contabile ai soli soggetti tenuti all'osservanza delle regole di contabilità pubblica e, conseguentemente, alle sole responsabilità connesse all'esercizio di poteri autoritativi o di funzioni pubbliche. Di qui l'esclusione dalla giurisdizione della magistratura contabile, e il conseguente assoggettamento alla disciplina dell'imprenditore privato, degli enti pubblici economici esercenti attività imprenditoriali e, a maggior ragione, delle società a partecipazione pubblica.

Tale ricostruzione, per quanto rendesse più agevole individuare i limiti esterni della giurisdizione della Corte dei conti in ragione di una netta distinzione tra l'area del pubblico e quella del privato, è stata criticata e, allo stesso tempo, superata da una parte della giurisprudenza di legittimità. Gli ermellini, dopo aver riconosciuto la giurisdizione del giudice contabile anche nei casi di danno erariale arrecato dagli amministratori e dipendenti degli enti pubblici economici, hanno esteso la medesima competenza anche alle società partecipate in modo totalitario o prevalente, in quanto si tratta di soggetti che – sebbene in forme privatistiche – perseguono fini pubblici attraverso l'utilizzo di risorse pubbliche.

Tuttavia, gli orientamenti sin qui delineanti risultano superati dall'orientamento, ormai consolidato dalla giurisprudenza di legittimità in forza del quale la questione della ripartizione della competenza tra magistratura contabile e giudice ordinario va affrontata distinguendo tra la responsabilità degli organi sociali nei confronti della società e la responsabilità assunta dagli organi sociali direttamente nei confronti dei soci o dei terzi (Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22409).

Nel sistema del diritto societario, infatti, il risarcimento dei danni al patrimonio sociale compete solo alla società, di modo che per il socio anche il ristoro è destinato a realizzarsi unicamente nella medesima maniera indiretta in cui si è prodotto il suo pregiudizio. Per contro, il diritto al risarcimento dei danni prodotti direttamente al patrimonio del socio (e che non consistano nella semplice ripercussione di un danno inferto alla società) compete al socio stesso, che è l'unico legittimato a dolersene (cfr. Cass, S.U., 19 dicembre 2009, n. 26806).

In sostanza, ai fini della competenza del giudice contabile, occorre distinguere tra le due seguenti fattispecie: responsabilità degli organi sociali nei confronti della società: in questo caso, trattandosi di danno cagionato al patrimonio della società dall'atto di *mala*

gestio posto in essere dall'amministratore della società a capitale pubblico, non è configurabile un rapporto di servizio e quindi un danno erariale. D'altronde, la distinzione tra la personalità giuridica della società partecipata e quella del socio pubblico partecipante nonché l'autonomia patrimoniale della prima rispetto al secondo non consentono di riferire al patrimonio del socio pubblico il danno che l'illegittimo comportamento degli organi sociali abbia arrecato al patrimonio dell'ente. Il patrimonio della società è e resta privato, sicché del danno economico ad esso arrecato solo alla società compete il risarcimento. Ne discende che il danno inferto dagli organi della società al patrimonio sociale legittima l'azione sociale di responsabilità, ma non configura anche un'ipotesi di azione ricadente nella giurisdizione della Corte dei conti; responsabilità assunta dagli organi sociali direttamente nei confronti del socio pubblico: in questo caso, l'esistenza di un danno cagionato direttamente all'ente pubblico partecipante legittima l'azione del procuratore contabile tesa a far valere la responsabilità degli amministratori della società partecipata dall'ente pubblico direttamente danneggiato dall'attività di *mala gestio*. (1)

In quest'ottica, la giurisprudenza ha intrapreso, in punto di riparto di giurisdizione fra giudice contabile e giudice ordinario, un approccio più "sostanzialistico", sostituendo un criterio eminentemente soggettivo, che identificava l'elemento fondante della giurisdizione della Corte dei conti nella condizione giuridica pubblica dell'agente, un criterio oggettivo facente leva sulla natura pubblica delle funzioni espletate e delle risorse finanziate a tal fine adoperate. Pertanto, occorre avere riguardo al rapporto di servizio tra l'agente e la pubblica amministrazione, senza che rilevi né la natura giuridica dell'atto di investitura – provvedimento, convenzione o contratto – né quella del soggetto che la riceve, sia essa una persona fisica o giuridica, privata o pubblica. Quindi, nell'attuale assetto normativo, il dato essenziale che radica la giurisdizione della Corte dei conti è rappresentato dall'evento dannoso verificatosi a carico di una pubblica amministrazione e non più dalla natura – pubblica o privata – del soggetto dal quale proviene la condotta produttiva del danno (cfr. Cass., S.U., 5 dicembre 2019, n. 31755).

In questo contesto, si inserisce la pronuncia in esame che, sottoposta al vaglio del giudice nomofilattico, trae origine dal ricorso presentato dai ricorrenti A.G.O. e G.C.O., in qualità di soci della *Omissis* s.r.l. Questa risulta essere una società a capitale misto pubblico-privato, partecipata dal Comune di *Omissis*, e alla quale Rfi (Rete ferroviaria Italia) aveva rilasciato la concessione per la costruzione di un raccordo ferroviario nella stazione di *Omissis*. La società *Omissis* s.r.l., a sua volta, aveva stipulato con la *Omissis* s.r.l. un contratto di appalto volto alla realizzazione del raccordo ferroviario. Tuttavia, il contratto non veniva

(1) A. Monorchio, L. Mottura, *Compendio di contabilità di Stato*, Bari, Cacucci editore, 2021.

correttamente adempiuto dall'appaltatrice, in quanto si accertava che il cantiere era in stato di abbandono e le opere non erano state eseguite. Con la sentenza n. 460 dell'11 novembre 2021, la Corte dei conti, Sezione I centrale d'appello, confermando la sentenza della Sezione giurisdizionale per la Regione Lombardia, ha condannato i ricorrenti a risarcire il danno erariale cagionato al Comune di *Omissis*. In particolare, i giudici contabili hanno affermato la loro giurisdizione, non perché fosse stata accertata la natura di società *in house* della *Omissis* s.r.l., bensì valorizzando l'interesse pubblico che la realizzazione del raccordo ferroviario intendeva perseguire e la natura egualmente pubblica del capitale impiegato per la costruzione dell'opera.

Avverso la sentenza emanata dal giudice contabile, i ricorrenti hanno proposto ricorso per cassazione deducendo un unico motivo di ricorso volto a riscontrare la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 102 e 103 Cost., dell'art. 1 d.lgs. n. 174/2016 e dell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016 in quanto *Omissis* s.r.l., da un lato era priva dei requisiti per essere qualificata società *in house* ragion per cui non doveva essere sottoposta al giudizio del giudice contabile, e dall'altro, perseguiva scopi prettamente industriali e commerciali.

Il ricorso risulta essere fondato. Da quanto precede e in conformità con la costante giurisprudenza (cfr. Cass., S.U., 13 settembre 2018, n. 22409) si può affermare che la mera assunzione della qualità di socio da parte dello Stato o di un ente pubblico, come nel caso di specie il Comune di *Omissis*, non costituisce una ragione sufficiente ai fini della devoluzione dell'azione di responsabilità alla giurisdizione contabile. Infatti, al di fuori delle ipotesi della società *in house* e delle società c.d. legali, il danno subito dalla società a causa della *mala gestio* degli amministratori o dei componenti dell'organo di controllo non è qualificabile come danno erariale, inteso come pregiudizio arrecato direttamente allo Stato o all'ente pubblico che rivesta la qualità di socio, dal momento della distinta soggettività giuridica, insieme all'autonomia patrimoniale, riconosciuta alle società di capitali. In ragione di tale requisito, di cui la società è dotata, i danni eventualmente ad essa cagionati dalla *mala gestio* degli organi sociali o comunque da atti illeciti imputabili a organi o a dipendenti non integrano gli estremi del danno erariale, in quanto si risolvono in un pregiudizio gravante sul patrimonio della società, che è un ente soggetto alle regole di diritto privato, e non su quello del socio pubblico.

Tale ricostruzione, operata dalla giurisprudenza di legittimità, trova conferma nell'art. 12 d.lgs. n. 175/2016 che, nel disciplinare la responsabilità dei componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate, ha previsto che “*I componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società partecipate sono soggetti alle azioni civili di responsabilità previste dalla disciplina ordinaria delle società di capitali, salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato dagli amministratori e dai dipendenti delle società in house. È de-*

voluta alla Corte dei conti, nei limiti della quota di partecipazione pubblica, la giurisdizione sulle controversie in materia di danno erariale di cui al c. 2”. La disposizione in esame distingue, infatti, il danno arrecato direttamente al capitale della società (e solo indirettamente all'ente pubblico partecipante) da quello che incide in via diretta e immediata sul valore della partecipazione dell'ente pubblico e, mentre per il primo consente l'azione di responsabilità contabile solo qualora si sia in presenza di una società *in house*, per l'altro prescinde da detta qualificazione, ma sempre a condizione che sussista una relazione diretta, non mediata, fra la condotta tenuta dal rappresentante della società o da quello del socio pubblico e il danno subito dalla pubblica amministrazione.

In ragione di quanto sin qui detto, l'ordinanza oggetto di disamina conferma quella giurisprudenza maggioritaria in forza del quale la natura non *in house* della società partecipata non esclude in radice, l'azione erariale, azione che resta consentita, ma solo a condizione che venga fatto valere un danno cagionato in via diretta, e non mediata, alla partecipazione dell'ente pubblico. Qualora, poi, alla società non *in house*, partecipata dall'ente pubblico, venga affidata la cura di un servizio o la realizzazione di un'opera pubblica, ossia attività in passato riservate alla pubblica amministrazione, il riparto di giurisdizione come delineato dal d.lgs. n. 175/2016, art. 12, va coniugato con l'applicazione dei principi enunciati da queste Sezioni unite in relazione alle ipotesi in cui il soggetto privato venga investito di funzioni obiettivamente pubbliche, che gli attribuiscono la qualifica di organo indiretto dell'amministrazione.

In conclusione non appartiene alla giurisdizione della Corte dei conti, ma è riservata a quella del giudice ordinario, la cognizione delle controversie afferenti la responsabilità per “*mala gestio*” imputabile ad amministratori di società a partecipazione pubblica, laddove il danno di cui si invochi il ristoro sia riferito al patrimonio sociale, restando quest'ultimo privato e separato da quello dei soci, né divenendo una siffatta società essa stessa un ente pubblico per il solo fatto di essere partecipata da un ente pubblico (Cass., S.U., ord. 3 maggio 2013, n. 10299).

SAMANTHA MIRIELLO

5657 – Corte di cassazione, Sezioni unite civili; sentenza 23 febbraio 2023; Pres. Curzio, Rel. Rossetti; *Omissis* s.r.l. c. *Omissis* s.r.l. e altri. Cassa con rinvio App. Trieste, 19 dicembre 2018, n. 751.

Contratti in genere – Tutela degli interessi – Meritevolezza – Valutazione – Criteri – Leasing – Determinazione del canone con clausola di indicizzazione ad un tasso finanziario e ad un tasso di cambio – Natura di strumento finanziario derivato implicito – Esclusione.

Cost., artt. 2, c. 2, 4, c. 2, 41, c. 2; c.c., artt. 1322, c. 2, 1332, 1375, 1933; d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, art. 1.

Deve essere cassata la sentenza con cui il giudice di merito ha formulato il giudizio di immeritevolezza ex art. 1322, c. 2, c.c. avendo riguardo alla convenienza, alla chiarezza e alla aleatorietà del patto intervenuto tra le parti e non piuttosto allo scopo perseguito dalle stesse (in motivazione, si precisa che non è un patto immeritevole ex art. 1332 c.c., né costituisce uno strumento finanziario derivato implicito e non è soggetta alle previsioni del d.lgs. n. 58/1998, la clausola inserita in un contratto di leasing, la quale preveda che la misura del canone vari in funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra valuta domestica e valuta straniera e che l'importo mensile del canone resti nominalmente invariato e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte). (1)

Ragioni della decisione – 1. Il primo motivo di ricorso.

Col primo motivo la Acs dichiara di voler denunciare sia il vizio di violazione di legge ex art. 360, n. 3, c.p.c. (con riferimento agli artt. 1362, 1363, 1366, 1367, 1371 c.c.; 1 d.lgs. n. 58/1998), sia quello di nullità processuale ex art. 360, n. 4, c.p.c., sia quello di omesso esame di un fatto decisivo, ex art. 360, n. 5, c.p.c.

Al di là di tali indicazioni, non del tutto coerenti rispetto al contenuto oggettivo del ricorso, l'illustrazione del motivo contiene in realtà due censure.

1.1. Con una prima censura (pp. 10-14 del ricorso) la società ricorrente sostiene che la Corte d'appello avrebbe malamente interpretato il contratto.

L'errore sarebbe consistito nel non apprezzare adeguatamente la comune volontà delle parti, che fu quella di stipulare un normale contratto di *leasing* in valuta estera.

Che fosse intenzione delle parti stipulare un contratto in valuta estera si sarebbe dovuto desumere, ad avviso della ricorrente, dalla valutazione complessiva delle clausole contrattuali e dalla condotta delle parti anche nella fase precedente la stipula.

Se la Corte d'appello avesse tenuto conto del fatto che il contratto fu stipulato in valuta estera, avrebbe dovuto trarre la conclusione che le clausole di indicizzazione del canone non solo non erano affatto atipiche, ma costituivano normali clausole diffuse nella prassi bancaria in tutti i rapporti finanziari accessi in

divisa estera, quando il debitore sia un soggetto residente in un paese dell'“area Euro”.

La contestata clausola, pertanto, non aveva altro effetto che consentire al debitore di restituire in euro un finanziamento concessogli in altra valuta.

1.2. Con una seconda censura (pp. 15-17) la società ricorrente sostiene che la Corte d'appello, oltre a male interpretare il contratto, lo avrebbe anche malamente qualificato.

Deduce la ricorrente che la clausola di doppia indicizzazione prevista dal contratto non possedeva alcuna delle caratteristiche tipiche degli strumenti finanziari derivati: non l'astrazione, non l'autonomia, non l'esistenza d'un capitale puramente nozionale, non la previsione del valore da assegnare ai reciproci flussi finanziari nel caso di cessazione degli effetti del contratto (e cioè il c.d. “*mark to market*”).

1.3. Ambedue le censure sono inammissibili per difetto di rilevanza, in quanto non coerenti rispetto alla *ratio decidendi* sottesa dalla sentenza impugnata.

La Corte d'appello, infatti, ha rigettato il gravame non perché – come aveva invece ritenuto il tribunale – le parti avessero stipulato un contratto di *swap* non preceduto da adeguata informazione.

Lo ha rigettato sul presupposto che il contratto stipulato dalle parti fosse immeritevole di tutela ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c.

Rispetto a tale *ratio decidendi* non vengono dunque in rilievo né questioni di interpretazione, né questioni di qualificazione.

1.3.1. Non vengono in rilievo questioni di interpretazione, dal momento che il contenuto oggettivo del contratto e il significato da attribuire al testo delle previsioni contrattuali non è stato mai in discussione tra le parti.

Queste avevano ben chiaro quali fossero gli obblighi nascenti dal contratto: semplicemente, controvertavano sulla validità dei patti che quegli obblighi avevano generato.

1.3.2. Nemmeno vengono in rilievo, nella motivazione della sentenza impugnata, questioni di qualificazione del contratto.

La Corte d'appello, infatti, ha accolto l'opposizione a decreto ingiuntivo non già sul presupposto che la banca concedente avesse violato gli obblighi di informazione precontrattuale previsti dalla legge nel caso di vendita di strumenti finanziari derivati (così la sentenza, p. 18), ma perché ha ritenuto il patto di “rischio cambio” immeritevole di tutela in quanto “aleatorio, speculativo e incoerente rispetto alle effettive necessità di un contratto di *leasing*” (p. 17).

La qualificazione del contratto come “una sorta di *swap*”, contenuta a p. 13 della sentenza impugnata, non ha dunque giocato alcun ruolo nell'iter argomentativo del giudice d'appello. È stata infatti la ritenuta immeritevolezza del patto di indicizzazione a determinare il giudice d'appello al rigetto del gravame, e

(1) Segue la nota di C. Orsini, *Contratto di leasing con doppia indicizzazione: le Sezioni unite escludono la natura di derivato implicito*.

non la violazione delle norme dettate dal d.lgs. n. 58/1998 in tema di vendita di strumenti finanziari.

2. Il secondo motivo

Col secondo motivo la società ricorrente lamenta, ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., la violazione dell'art. 1322 c.c., nonché il vizio di omesso esame d'un fatto decisivo, ai sensi dell'art. 360, n. 5, c.p.c.

Deduce la ricorrente che il contratto da essa stipulato con la Rps non presentava alcuno dei presupposti che, secondo la giurisprudenza di questa Corte, debbono ricorrere per poter qualificare un contratto come "immeritevole", *ex art. 1322, c. 2, c.c.*

La clausola di indicizzazione contenuta nel contratto, infatti:

- non attribuiva alcun vantaggio ingiusto e sproporzionato ad una parte soltanto, e senza contropartita: il contratto prevedeva che il canone potesse sia aumentare, sia diminuire, in modo speculare;

- non poneva alcuna delle parti in una posizione di "soggezione" rispetto all'altra;

- non costringeva alcuna delle parti alla violazione di doveri di solidarietà sociale costituzionalmente imposti.

L'illustrazione del motivo prosegue sostenendo che il richiamo del tribunale al principio di correttezza fu ultroneo, dal momento che se un contratto è validamente stipulato, la scorrettezza di una delle parti può al massimo integrare gli estremi dell'inadempimento. Sicché, anche ad ammettere che la banca avesse preteso somme non dovute, l'unico rimedio possibile sarebbe stata la ripetizione dell'indebito, e non la statuizione di immeritevolezza del contratto.

Infine, la ricorrente osserva come la decisione della Corte d'appello abbia avuto per effetto quello di trasformare un contratto in cui la prestazione tra le parti era stata pattuita in valuta estera, in un contratto avente ad oggetto un debito pecuniario espresso in valuta nazionale. Ma se è la legge stessa a consentire la stipula di obbligazioni in valuta estera, ad avviso della ricorrente non v'è ragione per ritenere "immeritevole" la clausola che indicizzi l'obbligazione del debitore rinviando ad una valuta estera.

2.1. La censura di omesso esame del fatto decisivo non viene neanche illustrata ed è perciò inammissibile.

La censura di violazione dell'art. 1322, c. 2, c.c., è fondata.

2.2. Questa Corte ha già stabilito che il giudizio di "meritevolezza" di cui all'art. 1322, c. 2, c.c., non coincide col giudizio di liceità del contratto, del suo oggetto o della sua causa.

Secondo la Relazione al Codice civile la meritevolezza è un giudizio che deve investire non il contratto in sé, ma il risultato con esso avuto di mira dalle parti, cioè lo scopo pratico o causa concreta che dir si voglia (*ex aliis*, Cass., S.U., 17 febbraio 2017, n. 4222 e n. 4223; Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506).

Ed il risultato del contratto dovrà dirsi immeritevole solo quando sia contrario alla coscienza civile, all'economia, al buon costume od all'ordine pubblico (così la Relazione al Codice, par. 603, II capoverso).

Questo principio, se pur anteriore alla promulgazione della Carta costituzionale, è stato da questa ripreso e consacrato negli artt. 2, secondo periodo; 4, c. 2, e 41c. 2, Cost.

Un contratto, dunque, non può dirsi "immeritevole" sol perché poco conveniente per una delle parti. L'ordinamento garantisce il contraente il cui consenso sia stato stornato o prevaricato, non quello che, libero ed informato, abbia compiuto scelte contrattuali non pienamente soddisfattive dei propri interessi economici.

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

Sono stati perciò ritenuti immeritevoli, ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c., contratti o patti contrattuali che, pur formalmente rispettosi della legge, avevano per scopo o per effetto di:

- a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra (sent. n. 22950/2015; n. 19559/2015);

- b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata soggezione rispetto all'altra (sent. n. 4222/2017; n. 3080/2013; n. 12454/2009; n. 1898/2000; n. 9975/1995);

- c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti coi superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti (sent. 14343/2009).

2.3. Nel caso di specie la Corte d'appello ha reputato che la clausola di "rischio cambio" fosse "immeritevole" *ex art. 1322 c.c.* spendendo tre argomenti, e cioè:

- 1) il calcolo della variazione del saggio di interesse dovuto dall'utilizzatrice era "astruso e macchinoso";

- 2) la clausola che disciplinava il "rischio cambio" era caratterizzata da aleatorietà e squilibrio, in quanto prevedeva una differente base di calcolo dell'indicizzazione, a seconda che l'euro si fosse apprezzato o deprezzato rispetto alla valuta di riferimento;

- 3) il c.t.u. aveva accertato che fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro.

Tutti e tre questi argomenti sono erronei in punto di diritto.

Essi né singolarmente, né complessivamente, sono idonei a giustificare un giudizio di "immeritevolezza" *ex art. 1322 c.c.*, alla luce dei principi stabiliti da questa Corte e sopra ricordati.

2.4. Il primo argomento è erroneo perché una clausola contrattuale "astrusa" od inintelligibile non rende il contratto nullo o "immeritevole" *ex art. 1322 c.c.* Dinanzi a clausole contrattuali oscure il giudice deve ri-

correre agli strumenti legali di ermeneutica (artt. 1362-1371 c.c.), e non ad un giudizio di immeritevolezza.

La clausola oscura andrà dunque interpretata, in mancanza di altri criteri, almeno in modo che le si possa dare un senso (artt. 1371 c.c.), oppure contra *proferentem* (art. 1370 c.c.).

Quanto, poi, all'affermazione secondo cui una clausola "macchinosa" sarebbe di per sé immeritevole, essa non può essere condivisa per due ragioni.

2.4.1. La prima ragione è che, da un punto di vista epistemologico, non esistono concetti "facili" e concetti "difficili". Esistono concetti noti e concetti ignoti: i primi sono comprensibili ed i secondi no, se non vengano spiegati.

Una clausola contrattuale non può dirsi dunque mai "macchinosa" in senso assoluto. Può esserlo in senso relativo, ad esempio, se contenuta in un testo contrattuale predisposto unilateralmente e sottoposto a persona priva delle necessarie competenze per comprenderlo.

Ma in quest'ultima ipotesi non si dirà che quel contratto è "immeritevole": si dirà, piuttosto, che il contratto è annullabile poiché il consenso del contraente è stato dato per errore o carpito con dolo. Oppure si dirà che il proponente è tenuto al risarcimento del danno per non avere fornito alla controparte le necessarie informazioni precontrattuali, ove imposte dalla legge o dal dovere di buona fede.

Molti contratti contengono per necessità clausole assai articolate e complesse: ad esempio i contratti di *handling* aeroportuale, le assicurazioni dei rischi agricoli, il noleggio di piattaforme *off-shore*, il *project financing* di opere pubbliche, ma anche i contratti di massa come quelli di somministrazione di energia elettrica; ma non constano precedenti che abbiano dichiarate nulle tali clausole soltanto a causa della loro complessità.

L'equazione stabilita dalla Corte d'appello, per cui "macchinosità della clausola=immeritevolezza" è dunque erronea in punto di diritto.

2.4.2. La seconda ragione è che nel caso di specie la pretesa "macchinosità" consisteva in una banale moltiplicazione d'un rapporto per una differenza, come descritto *supra*, al par. 3, lett. (d), della sezione "Fatti di causa": una operazione dunque puramente aritmetica, e niente affatto "macchinosa".

2.5. Il secondo argomento speso dalla sentenza impugnata per pervenire al giudizio di immeritevolezza della clausola ("la clausola è caratterizzata da aleatorietà e squilibrio") è erroneo in punto di diritto sotto due profili.

2.5.1. In primo luogo, la sentenza impugnata mostra di confondere l'alea economica, insita in ogni contratto, con l'alea giuridica, che del contratto forma invece oggetto e ne è elemento essenziale: e cioè la *susceptio periculi*. E nel caso di specie causa del contratto era il trasferimento della proprietà di un immo-

bile, non il trasferimento di un rischio dietro pagamento di un prezzo.

In ogni caso un contratto aleatorio non è, per ciò solo, immeritevole di tutela *ex art.* 1322 c.c.

La vendita del raccolto futuro (*emptio spei*), l'assicurazione sulla vita a tempo determinato per il caso di morte, la rendita vitalizia sono tutti contratti aleatori: e se la legge ne consente la stipula, l'aleatorietà non può ritenersi di per sé una caratteristica tale da rendere "immeritevole" di giuridica esistenza il contratto.

Né è inibito alle parti stipulare contratti aleatori atipici: questa Corte, infatti, ha già affermato la liceità e la meritevolezza di contratti aleatori non espressamente previsti dalla legge: ad esempio, in materia di c.d. vitalizio atipico (*ex multis*, Sez. II, 22 aprile 2016, n. 8209; Sez. III, 27 aprile 1982, n. 2629).

Neppure è vietato inserire elementi di aleatorietà in un contratto commutativo.

Le parti d'un contratto infatti, nell'esercizio del loro potere di autonomia negoziale, ben possono prefigurarsi la possibilità di sopravvenienze che incidono o possono incidere sull'equilibrio delle prestazioni, ed assumerne, reciprocamente o unilateralmente, il rischio, modificando in tal modo lo schema tipico del contratto commutativo e rendendolo per tale aspetto aleatorio, con l'effetto di escludere, nel caso di verifica di tali sopravvenienze, l'applicabilità dei meccanismi riequilibratori previsti nell'ordinaria disciplina del contratto (artt. 1467 e 1664 c.c.).

E l'assunzione del suddetto rischio, come già stabilito da questa Corte, può risultare anche per implicito dal regolamento convenzionale che le parti hanno dato al rapporto e dal modo in cui hanno strutturato le loro obbligazioni [Sez. I, 26 gennaio 1993, n. 948 del Rv. 480454-01; Sez. II, 12 ottobre 2012, n. 17485 Rv. 624088-01; Sez. III, ord., 13 maggio 2020, n. 8881; Sez. II, 4 febbraio 2021, n. 2622 (in motivazione)].

2.5.2. La Corte d'appello ha poi ritenuto che la clausola di indicizzazione di cui si discorre sarebbe "immeritevole" perché le contrapposte obbligazioni delle parti erano "squilibrare"; e le ha ritenute squilibrate perché la misura della variazione del saggio degli interessi non era simmetrica: una pari variazione del rapporto di cambio tra il franco svizzero e l'euro avrebbe infatti comportato variazioni diverse del saggio di interessi, a seconda che la variazione fosse stata a favore del concedente o dell'utilizzatore.

La Corte d'appello, quindi, ha mostrato implicitamente – ma inequivocamente – di ritenere che:

- il concetto di "equilibrio delle prestazioni" di un contratto sinallagmatico consista in una paritaria e perfetta equipollenza tra le contrapposte obbligazioni;

- ogni minimo disallineamento tra questa perfetta parità possa essere sindacato dal giudice, amputando parti del contratto per ricondurlo all'equità.

Ambedue queste affermazioni sono tuttavia erronee, per più ragioni.

2.5.3. La prima ragione è che il diritto dei contratti non è un egualitario letto di Procuste che imponga l'assoluta parità tra le parti quanto a condizioni, termini e vantaggi contrattuali.

È bene ricordare che la libertà negoziale è principio cardine del nostro ordinamento e del diritto dei contratti.

L'ordinamento garantisce in egual misura tanto la protezione contro gli abusi di posizioni dominanti, quanto il diritto di iniziativa economica. Se il soggetto abilitato all'esercizio del credito ha il dovere di rispettare le regole del gioco e comportarsi in buona fede, nondimeno ha anche il diritto di pianificare in piena libertà le proprie strategie imprenditoriali e commerciali, come già ripetutamente affermato da questa Corte (da ultimo, con ampiezza di motivazioni, Sez. I, 21 gennaio 2020, n. 1184; nello stesso senso, Sez. III, ord. 14 ottobre 2021, n. 28022).

Non è dunque lo iato tra prestazione e controprestazione che può rendere un contratto "immeritevole" di tutela *ex art. 1322 c.c.*, se quella differenza sia stata in piena libertà ed autonomia compresa ed accettata. La seconda ragione è che lo squilibrio delle prestazioni non può farsi coincidere la convenienza del contratto. Chi ha fatto un cattivo affare non può pretendere di sciogliersi dal contratto invocando "lo squilibrio delle prestazioni". L'intervento del giudice sul contratto non può che essere limitato a casi eccezionali, pena la violazione del fondamentale principio di libertà negoziale (così, *ex multis*, Sez. VI-2, ord. 25 novembre 2021, n. 36740, Rv. 663148-01).

La terza ragione è che lo squilibrio (economico) tra le prestazioni se è genetico legittima il ricorso alla rescissione per lesione; se è sopravvenuto legittima il rimedio della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta. L'esistenza di tali rimedi esclude dunque la necessità stessa di ricorrere a fantasiose invenzioni circa la "immeritevolezza" d'un contratto che preveda "prestazioni squilibrate".

La quarta ragione è che, anche ad ammettere che il calcolo del conguaglio degli interessi, per come previsto dal contratto, fosse più vantaggioso per il concedente rispetto all'utilizzatore, questa circostanza non basta di per sé a rendere "immeritevole" *ex art. 1322 c.c.*

Si potrà discutere se questa clausola sia valida *ex art. 1341 c.c.*; oppure se sia frutto dell'approfittamento d'uno stato di bisogno; od ancora se non sia stata adeguatamente illustrata in sede precontrattuale: ma nel primo caso soccorrerà il rimedio della nullità; nel secondo quello della rescissione; nel terzo quello dell'annullamento del contratto per errore o del risarcimento del danno.

In conclusione, il giudizio di "immeritevolezza" di cui è menzione nell'*art. 1322 c.c.* non può mai trasformarsi in una magica *porta di Ishtar* attraverso la quale veicolare un inammissibile intervento del giudice sulla convenienza dell'affare.

2.5.4. La Corte d'appello ha altresì ritenuto che il contratto fosse squilibrato perché la clausola di "ri-

schio cambio" prevedeva due differenti modalità di calcolo del conguaglio degli interessi, a seconda che il franco svizzero si apprezzasse o si deprezzasse rispetto all'euro.

La differenza cui la Corte d'appello ha attribuito valore decisivo ai fini del rigetto della domanda proposta dalla Acs consisteva in ciò: che in caso di apprezzamento del franco sull'euro (e quindi di vantaggio per l'utilizzatore), la base di calcolo del conguaglio era rappresentata dall'importo della rata di *leasing* al netto dell'Iva; nel caso di deprezzamento del franco (e quindi di vantaggio per il concedente) la base di calcolo del conguaglio era rappresentata dall'importo della rata di *leasing* al netto dell'Iva.

La Corte d'appello, quindi, ha giudicato immeritevole un patto contrattuale limitandosi a registrare un dato puramente esteriore: la differenza della formula di calcolo del conguaglio degli interessi.

Tuttavia, qualsiasi valutazione circa la validità o la meritevolezza di un patto contrattuale non potrebbe mai limitarsi all'esame del suo contenuto, senza apprezzarne gli effetti, e senza valutare se essi siano sorretti da una giusta causa. In questo modo la Corte d'appello ha violato il millenario principio per cui soltanto *cum nulla subest causa, constare non potest obligatio*.

E sebbene non spetti a questa Corte sindacare il merito della controversia, è doveroso rilevare che astrattamente la clausola ritenuta dalla Corte d'appello "immeritevole" avrebbe potuto avere varie giustificazioni.

Se infatti il franco svizzero si fosse apprezzato rispetto all'euro, il concedente avrebbe ricevuto una prestazione (in euro) di valore nominale inferiore a quella che gli sarebbe spettata in valore reale, e tale riduzione avrebbe riguardato l'intero credito: sia la parte pagata dall'utilizzatore a titolo di rimborso del finanziamento, sia la parte pagata a titolo di imposta.

Il concedente, dunque, in tal caso avrebbe ricevuto un corrispettivo inferiore a quello preventivato, e ciò avrebbe alterato il suo piano finanziario: e questa sarebbe potuta essere teoricamente una valida ragione per porre a base del calcolo del conguaglio anche l'Iva.

Se invece il franco svizzero si fosse deprezzato rispetto all'euro, l'utilizzatore avrebbe versato (in euro) una prestazione in valore nominale superiore a quella che avrebbe dovuto versare in valore reale. Ma degli importi versati dall'utilizzatore, però, il concedente doveva necessariamente stornarne un'aliquota a titolo di Iva, e di tale importo non sarebbe stato in potere del concedente pretendere la restituzione dall'erario, per restituire l'ecedenza all'utilizzatore: e questa sarebbe potuta essere teoricamente una valida ragione per porre a base del calcolo del conguaglio anche l'Iva.

Tali considerazioni, svolte solo a mo' d'esempio, corroborano la conclusione che il giudizio di "immeritevolezza" d'un contratto, *ex art. 1322, c. 2, c.c.*, non può essere formulato in astratto ed *ex ante*, limitandosi a considerare il solo contenuto oggettivo dei patti con-

trattuali, ma va compiuto in concreto ed *ex post*, ricercando – beninteso, *iuxta alligata et probata partium* – lo scopo perseguito dalle parti.

2.6. Infine, la Corte d'appello ha reputato “immeritevole” la clausola di cui si discorre, sul presupposto che il consulente d'ufficio aveva accertato che “fin dalla stipula del contratto era prevedibile un costante apprezzamento del franco svizzero sull'euro”.

Ma l'eventualità che uno dei contraenti taccia alla controparte circostanze note circa lo sviluppo o la convenienza dell'affare potrebbe costituire una violazione dei doveri di correttezza e buona fede nella conclusione dei contratti, e dunque anche in questo caso i rimedi previsti dall'ordinamento possono essere l'annullamento del contratto per errore o il risarcimento del danno, ma non certo il giudizio di “immeritevolezza” del contratto.

2.7. In conclusione, la Corte d'appello ha formulato in iure un giudizio di “immeritevolezza” del contratto, *ex art. 1322, c. 2, c.c.*, dopo avere accertato in facto circostanze irrilevanti ai fini del suddetto giudizio (aleatorietà, difficoltà di interpretazione, asimmetria delle prestazioni). Ha dunque, in questo modo, falsamente applicato il suddetto art. 1322 c.c.

3. Le questioni poste dall'ordinanza di rimessione

La ritenuta inammissibilità del primo motivo di ricorso consente a questo collegio di pronunciarsi, nell'interesse della legge, sulla questione in esso dibattuta, e segnalata come contrastata, oltre che di particolare importanza, dall'ordinanza di rimessione.

Questa Corte ha infatti già stabilito che l'art. 363, c. 3, c.p.c. consente l'enunciazione del principio di diritto anche nel caso in cui un solo motivo del ricorso sia dichiarato inammissibile, se esso involga una questione di particolare importanza (così Cass., S.U., 5 luglio 2017, n. 16601, par. 5 delle “Ragioni della decisione”).

3.1. Con ord. 16 marzo 2022, n. 8603 la Terza Sezione civile di questa Corte ha:

ravvisato l'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte, circa la validità delle clausole di indicizzazione degli interessi inserite in contratti di vario tipo (sia di *leasing* che di mutuo) stipulati in valuta estera e identiche a quella oggetto del presente giudizio, nonché circa la loro qualificabilità come “strumenti finanziari derivati”;

- ritenuto “non persuasiva” l'opinione, espressa da alcune decisioni di questa Corte, secondo cui le suddette clausole non costituirebbero uno strumento finanziario derivato;

- sottoposto a queste Sezioni unite le questioni seguenti:

c') se clausole come quella oggetto del contendere siano una mera forma di indicizzazione oppure un “derivato implicito”, e quindi una scommessa con fine speculativo;

c'') se la clausola oggetto del contendere possa avere per effetto di snaturare la causa del contratto di

leasing, trasformandolo in un contratto di altro tipo o in un contratto a causa mista;

c'') se il relativo patto contrattuale “comporti violazione dell'obbligo di buona fede, per la mancanza di chiarezza ed informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola”.

4. Sull'esistenza del contrasto

Preliminarmente rileva il collegio come non possa propriamente parlarsi dell'esistenza d'un contrasto nella giurisprudenza di questa Corte, sul tema della qualificazione e della validità di clausole che, come quella oggetto del presente giudizio, prevedano la variazione degli interessi dovuti dall'utilizzatore d'un bene concesso in *leasing*, in funzione delle oscillazioni d'un indice sia finanziario che monetario.

La validità di tali clausole, in fattispecie identica a quella oggi in esame, è già stata esaminata in diverse occasioni da questa Corte.

In particolare, la questione è stata esaminata da Cass., Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4659, la quale ha escluso che le suddette clausole possano qualificarsi come “strumenti finanziari derivati impliciti”; e poi da Cass., Sez. III, ord. 30 settembre 2021, n. 26538, la quale ha ritenuto erronea l'interpretazione del contratto con cui il giudice di merito aveva ritenuto “squilibrata”, in quanto favorevole ad una sola delle parti, la suddetta clausola.

Gli altri due precedenti segnalati come contrastanti dall'ordinanza di rimessione (Cass. n. 16907/2019 e Cass. n. 23655/2021) in realtà non possono ritenersi tali.

Quanto a Sez. III, 30 giugno 2019, n. 16907, tale decisione si è limitata a dichiarare – correttamente – insindacabile in sede di legittimità il giudizio con cui il giudice di merito aveva ritenuto “indeterminabile” la misura degli interessi dovuti dall'utilizzatore in *leasing* al concedente. Tale decisione, dunque, non ha affrontato né la questione della natura della clausola, né quella della sua contrarietà a buona fede.

Quanto, infine, a Cass., Sez. III, ord. 30 settembre 2021, n. 26538, del tale decisione non solo si è occupata di un problema ben diverso (se e quanto il giudice di merito, nel motivare il giudizio di indeterminabilità d'una clausola di indicizzazione, potesse discostarsi dalle valutazioni già compiute su quella clausola dall'Autorità garante della Concorrenza e del mercato), ma per di più:

- aveva ad oggetto un contratto di mutuo e non di *leasing*;

- aveva ad oggetto un contratto stipulato con un consumatore e non tra imprese commerciali, come nel caso oggi in esame;

- aveva ad oggetto un contratto nel quale la clausola di indicizzazione prevedeva la variabilità non solo degli interessi, ma anche del capitale. Non esiste, dunque, alcun sostanziale contrasto nella giurisprudenza di questa Corte.

5. Sulla distinzione tra “derivati impliciti” e clausole di indicizzazione

Prima di stabilire se una clausola come quella oggetto del presente giudizio patto costituisca o meno uno “strumento finanziario derivato” reputa questa Corte doveroso premettere di non potere seguire le *nimiae subtilitates* con cui parte della dottrina ha proposto infinite distinzioni e sottodistinzioni in tema di strumenti finanziari derivati.

Compito del giudice di legittimità è infatti assicurare “l’esatta interpretazione della legge”, e l’esatta interpretazione consiste nel sussumere le nuove fattispecie concrete, fino a quando sia possibile, in categorie giuridiche note, piuttosto che partorirne continuamente di nuove.

5.1. Una clausola inserita in un contratto di *leasing*, la quale faccia dipendere gli interessi dovuti dall’utilizzatore dalla variazione di un indice finanziario insieme ad un indice monetario, in un caso come quello di specie, non è uno strumento finanziario derivato, e tanto meno un “derivato implicito”.

5.2. Gli “strumenti finanziari derivati” sono accordi negoziali definiti dall’art. 1 d.lgs. n. 58/1998.

La clausola oggetto del presente giudizio non rientra in tale previsione né avendo riguardo al testo vigente all’epoca della conclusione del contratto di *leasing* di cui si discorre; né avendo riguardo al testo di esso oggi vigente; né facendo ricorso all’analogia *legis*.

5.3. La clausola di cui si discorre, innanzitutto, non è uno strumento finanziario derivato in base alla normativa vigente *ratione temporis*.

Il contratto di cui si discorre è stato stipulato nel 2006 (così il controricorso, p. 3).

A quella data la nozione di “strumenti finanziari derivati” era contenuta nell’art. 1, c. 3, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (nel testo modificato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ed anteriore alle modifiche di cui al d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303). Tali erano considerati:

- i contratti “*futures*” su strumenti finanziari, su tassi di interesse, su valute, su merci e sui relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- i contratti di scambio a pronti e a termine (*swaps*) su tassi di interesse, su valute, su merci nonché su indici azionari (*equity swaps*), anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- i contratti a termine collegati a strumenti finanziari, a tassi d’interesse, a valute, a merci e ai relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- i contratti di opzione per acquistare o vendere gli strumenti indicati nelle precedenti lettere e i relativi indici, nonché i contratti di opzione su valute, su tassi d’interesse, su merci e sui relativi indici, anche quando l’esecuzione avvenga attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- le combinazioni di contratti o di titoli indicati nelle precedenti lettere.

Nessuna di queste definizioni è idonea a ricomprendere la clausola oggetto del contendere.

5.4. La clausola in esame non costituirebbe comunque uno strumento finanziario neanche se la si volesse esaminare – per completezza ed astraendo dal caso concreto – alla luce della legislazione vigente.

“Strumento finanziario derivato”, per la legge vigente, è solo l’operazione che rientra tra quelle definite come tali dal d.lgs. n. 58/1998, e concordate nell’ambito delle operazioni previste dal suddetto testo unico.

Questi “strumenti finanziari derivati” sono:

- o quelli previsti dall’allegato I al d.lgs. n. 58/1998, Sezione “C”, punti 4-10 [art. 1, c. 2-ter, lett. a), d.lgs. n. 58/1998];

- o quelli individuati dal Ministro dell’economia con proprio decreto (art. 1, c. 2-bis, d.lgs. n. 58/1998).

Tuttavia, nessuna delle previsioni contenute nelle suddette norme è tale da includere, senza residui, la clausola di “rischio cambio” concordata dalle parti del presente giudizio.

È evidentemente da escludere la ricorrenza nel caso di specie d’una ipotesi di “derivati connessi a merci” (d.lgs. n. 58/1998, allegato I, Sezione C. nn. 5, 6 e 7); di “derivati per il trasferimento del rischio di credito” (allegati I, cit., n. 8); di derivati connessi a “variabili climatiche, tariffe di trasporto, tassi di inflazione o altre statistiche economiche ufficiali” (allegato I, cit., n. 10).

Resterebbero dunque soltanto le ipotesi di cui ai nn. 4 e 9, e cioè:

- n. 4: Contratti di opzione, contratti finanziari a termine standardizzati (“*future*”), “*swap*”, accordi per scambi futuri di tassi di interesse e altri contratti derivati connessi a valori mobiliari, valute, tassi di interesse o rendimenti, quote di emissione o altri strumenti finanziari derivati, indici finanziari o misure finanziarie che possono essere regolati con consegna fisica del sottostante o attraverso il pagamento di differenziali in contanti;

- n. 9: contratti finanziari differenziali.

Tuttavia, la clausola di cui si discorre non è suscumbibile in alcuna di queste categorie, per la semplice ragione che attraverso essa le parti non hanno scambiato nulla; né hanno inteso trarre frutto da uno scambio di valori comunque determinati.

Il contratto aveva infatti ad oggetto “la locazione finanziaria dell’immobile ivi catastalmente indicato” (così il controricorso, p. 3). Per effetto di esso la società concedente ha assunto l’obbligo di acquistare l’immobile, la società utilizzatrice quello di goderne e restituire le rate. Nessun “reciproco scambio di flussi di denaro” era previsto tra le parti, né fu interesse delle parti concludere quel contratto per lucrare sulle previste fluttuazioni valutarie, e tanto meno per coprire un rischio di credito.

5.5. Infine, la clausola di “rischio cambio” inserita nel contratto di *leasing* oggetto del presente giudizio non può qualificarsi “strumento finanziario derivato” nemmeno facendo ricorso all’analogia, per due ragioni: sia perché la sua causa – per quanto dedotto dalle parti – nulla ha in comune con quella degli “strumenti finanziari derivati” elencati dalla legge; sia perché è privo di alcuni elementi essenziali che accomunano la maggior parte degli strumenti finanziari derivati tipici.

5.5.1. Quanto al primo aspetto, s’è visto che l’art. 1 d.lgs. n. 58/1998 accomuna nella definizione di “strumenti finanziari derivati” ipotesi molto diverse tra loro, raggruppabili però in quattro fenotipi principali: la compravendita (ad es., l’acquisto di *futures*); la copertura di rischi (ad es., i *credit default swap*); la concessione dietro corrispettivo di un diritto di opzione; lo scambio di pagamenti il cui importo è determinato rinviando a variabili differenti.

La clausola che àncora il saggio degli interessi dovuti dal debitore di un contratto di *leasing* ad un indice monetario non rientra in alcuna di queste categorie. La clausola suddetta, infatti, non costituiva una compravendita né un’opzione, e tanto meno aveva lo scopo di coprire un certo rischio o “scommettere” sull’andamento dei cambi.

La clausola si limitava ad agganciare il debito dell’utilizzatore ad un valore monetario, e questa Corte ha già stabilito che rientrano nella categoria degli “strumenti finanziari collegati alla valuta” soltanto quelli per mezzo dei quali le parti intendono speculare sull’andamento del mercato delle valute, e non quelli che si limitano a determinare il valore d’una prestazione rinviando ad un indice monetario, comunque determinato (Sez. I, 4 settembre 2009, n. 19226, in motivazione).

5.5.2. Quanto al secondo aspetto, gli elementi unici di quella indistinta nebulosa che va sotto il nome di “strumenti finanziari derivati” sono, per quanto in questa sede rileva, almeno tre, già individuati da queste Sezioni unite con la sentenza 12 maggio 2020, n. 8770 a p. 11, par. 4.5 dei “Motivi della decisione”, ed in particolare:

1) oggetto del negozio deve essere la c.d. “differenzialità”, e cioè l’intento di trarre vantaggio dalla differenza di due valori variabili: ad essa le parti mirano; su essa fanno leva per il perseguimento dei rispettivi interessi; è essa che costituisce il cuore dell’operazione economica. Nel presente caso, invece, oggetto del negozio era indubitabilmente l’acquisto di un immobile, non la speculazione su un titolo;

2) uno strumento finanziario derivato presuppone l’esistenza di un “capitale nozionale”, cioè la somma di denaro astrattamente assunta quale base di calcolo dei reciproci flussi finanziari tra le parti: nel presente caso invece il capitale produttivo dei flussi finanziari era reale e realmente dovuto, e non già nozionale;

3) non era prevista nel contratto di *leasing* oggetto del contendere la possibilità – tipica dei derivati – di sciogliersi da esso avvalendosi dell’opzione “*mark to market*” (Cass., S.U., n. 8770/2020, cit., par. 4.7).

5.6. Non sono per contro condivisibili gli argomenti maggiormente enfatizzati da parte della dottrina per sostenere la tesi secondo cui clausole come quella qui in esame costituirebbero “strumenti finanziari derivati impliciti”.

5.6.1. In primo luogo, la nozione stessa di “derivato implicito” è concettualmente inservibile per quanti ritengono che frustra *fit per plura, quod potest fieri per pauciora*.

Se per “derivato implicito” si intendesse un patto dotato di una sua autonomia causale, ma aggiunto od accessorio ad altro negozio, la categoria non merita dignità concettuale: ci troveremmo infatti di fronte ad un normale negozio con una sua causa ed un suo oggetto, che se pur collegato ad altro negozio resta sottoposto alla disciplina per esso prevista dalla legge.

Lo spedizioniere-vettore, ad esempio, assume le obbligazioni scaturenti dal contratto di spedizione e da quello di trasporto, ed a nessuno verrebbe in mente di sostenere che ha stipulato un “trasporto implicito”.

Se invece per “derivato implicito” si intendesse qualunque clausola contrattuale, la quale abbia per effetto di subordinare le tipiche prestazioni dovute da una delle parti ad eventi futuri ed incerti, ovvero preveda che le contrapposte prestazioni di dare gravanti su ciascuna parte siano conguagliate per produrre un valore “differenziale”, tale nozione sarebbe giuridicamente inutile.

Infatti, una pattuizione parte di un più ampio contratto, e priva di autonomia causale rispetto al negozio cui accede, non è pensabile come negozio autonomo, né esplicito, né implicito. Così, ad esempio, se un appaltatore concedesse al committente una garanzia *ex art. 1667 c.c.* di quattro anni invece che di due, diremo che quell’appaltatore ha assunto un’obbligazione patiziosa aggiuntiva, non diremo certo che le parti hanno stipulato una “fideiussione implicita”.

5.6.2. In secondo luogo la tesi – formulata in dottrina – secondo cui qualsiasi clausola che faccia dipendere l’*an* e il *quantum* di una prestazione pecuniaria da un parametro esterno variabile sarebbe una scommessa finanziaria è insostenibile: essa infatti adotta una nozione di così sconfinata latitudine, che vi rientrerebbero – ad esempio – la vendita del raccolto futuro (*emptio spei*); l’assicurazione con clausola di regolazione del premio; l’indicizzazione del corrispettivo negli appalti a misura; e sinanche la tariffa di somministrazione di acqua da parte del gestore del servizio idrico.

Anche questi principi sono stati già affermati da questa Corte, allorché ha stabilito che l’art. 1933, c. 1, c.c. non s’applica a quei contratti i quali, pur caratterizzati dall’*alea*, non sono riconducibili alla nozione di giuoco e di scommessa: e tra questi contratti rientrano quelli – proprio come nel caso di specie – in cui sia apposta una clausola di “rischio cambio”, per l’eventualità che il corso di conversione della valuta in cui è espresso il credito venga a mutare nella vigenza del contratto (Sez. III, 6 febbraio 2004, n. 2288, Rv. 569925-01).

5.6.3. Allo stesso modo, costituisce un puro artificio la tesi (anch'essa sostenuta in dottrina) secondo cui la previsione di un tasso minimo dovuto dal cliente, inserita in un contratto di finanziamento a tasso indicizzato, costituirebbe una "inconsapevole vendita da parte del cliente al finanziatore" di una *option Floor*, e dunque un contratto derivato.

Infatti, la previsione per cui, anche nel caso di fluttuazione dell'indice di riferimento per la determinazione degli interessi, il debitore sia comunque tenuto al pagamento di un saggio di interessi minimo, non è che una clausola condizionale, in cui l'evento condizionante è la fluttuazione dell'indice di riferimento al di sotto di una certa soglia, e l'evento condizionato la misura del saggio: dunque un patto lecito e consentito dall'art. 1353 c.c.

5.6.4. Infine, la circostanza che le parti di un contratto decidano di regolare periodicamente i reciproci rapporti di dare ed avere mediante conguagli in denaro è una mera modalità di adempimento dell'obbligazione, ovviamente lecito (Sez. III, 17 gennaio 2017, n. 921), e di per sé inidonea a predicare l'esistenza d'uno strumento finanziario derivato.

È da escludere, in particolare, che la sola pattuizione di regolazione periodica delle reciproche obbligazioni variabili di dare ed avere, possa bastare per sussumere il contratto nella nozione di "contratti finanziari differenziali" di cui alla sezione "C", n. (9), dell'allegati I al d.lgs. n. 58/1998. Accezioni così late della "differenzialità" finirebbero per assegnare a quest'ultima espressione un significato talmente ampio, da trasformarla in un concetto *bon à tout faire*, comprensivo - ad esempio - dei contratti di conto corrente bancario o delle assicurazioni con clausola di regolazione del premio.

5.7. La corretta qualificazione giuridica di clausole come quella oggetto del presente giudizio deve muovere dal rilievo che il contratto oggetto del contendere aveva ad oggetto una operazione reale (*leasing*); prevedeva che il valore del debito complessivo dell'utilizzatore fosse determinato in franchi svizzeri, e accordava all'utilizzatore la facoltà di pagare in euro.

Il contratto di *leasing* ha ovviamente sempre una funzione (anche) di finanziamento, ed un finanziamento può legittimamente essere concesso in valuta nazionale od in valuta estera.

Un finanziamento in valuta estera ha lo scopo di evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale (e cioè il rischio della svalutazione per il creditore, e il rischio della rivalutazione per il debitore).

Un finanziamento in moneta estera può avvenire con due modalità:

- la prima modalità è prevedere che l'indebitamento venga direttamente denominato ed erogato nella valuta estera (ad esempio, il concedente acquista l'immobile in franchi, e lo dà in locazione finanziaria all'utilizzatore, che avrà facoltà di pagare in franchi o in euro, secondo la previsione dell'art. 1278 c.c.);

- la seconda modalità è esprimere sia la provvista erogata dal concedente, sia le rate dovute dall'utilizzatore in valuta domestica, ma agganciarne il valore al rapporto di cambio con una valuta estera.

In questo modo si realizza indirettamente lo stesso risultato della pattuizione sub (a).

In conclusione, un finanziamento (non importa se in forma di mutuo o di *leasing*) il cui importo è parametrato ad un rapporto di cambio è un debito di valore e non di valuta.

La clausola di cui si discorre dunque non è che una normale clausola-valore, attraverso la quale le parti individuano il criterio al quale commisurare la prestazione del debitore.

Pertanto:

- l'aleatorietà del contratto, lungi dal costituire un indice della presenza d'un "derivato implicito", non è che un effetto naturale d'una altrettanto normale clausola-valore;

- la previsione che eventuali conguagli a favore dell'una o dell'altra parte fossero regolati a parte, e non incidessero sul valore della rata (che restava costante) non è che una modalità esecutiva delle reciproche obbligazioni, insuscettibile di riverberare effetti di sorta sulla qualificazione del contratto. Il titolo dell'obbligazione, infatti, non muta sol perché cambi il termine di adempimento. Del resto, il creditore ha facoltà di accettare un adempimento parziale (art. 1181 c.c.) o di rinunciare al termine stabilito a suo favore (art. 1185 c.c.), e ciò dimostra che la possibilità di regolare a parte alcune delle obbligazioni e non altre, oppure una aliquota dell'unica obbligazione, è un effetto normale dello statuto delle obbligazioni civili.

5.8. Resta solo da aggiungere che le considerazioni sin qui svolte non mutano per il fatto che il contratto oggetto del presente giudizio prevedeva una doppia indicizzazione, agganciando le variazioni del canone sia alle variazioni del tasso Libor, sia alle variazioni del rapporto di cambio franco/euro.

Ed infatti:

l'indicizzazione del canone al tasso Libor costituisce una normale clausola onnipresente nei finanziamenti a tasso variabile; essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato;

l'indicizzazione del canone alle fluttuazioni del rapporto di cambio costituisce una clausola-valore, secondo quanto appena esposto; così inquadrata, anch'essa è pacificamente lecita e non costituisce un derivato.

Non è dunque sostenibile che dalla combinazione di due clausole, tutte e due lecite e non costituenti uno strumento finanziario derivato, possa sorgere un contratto illecito e che costituisca uno strumento finanziario derivato.

6. *Se la clausola di rischio cambio snaturi la causa del contratto di leasing*

È ben vero che l'inserimento di elementi spurii in un contratto legalmente o socialmente tipico può determinarne la trasformazione in altro tipo.

Per stabilire se un contratto, a causa di pattuizioni eterogenee rispetto allo schema tipico, abbia mutato causa e natura, questa Corte ha da tempo dettato tre criteri.

Il primo criterio è che la qualificazione del contratto come “atipico” deve dipendere dai suoi effetti giuridici, non da quelli economici: anche la *fideiussio indemnitas* può produrre gli effetti dell’accollo, ma non è un accollo.

Il giudice, pertanto, per qualificare un contratto deve avere riguardo all’intento negoziale delle parti, non al risultato economico di esso, e tanto meno alla sua convenienza per una delle parti (*ex multis*, Sez. III, 24 giugno 2003, n. 10004).

Il secondo criterio è che un contratto non muta natura e causa, sol perché uno dei suoi elementi presenti un’occasionale difformità rispetto allo schema legale tipico.

Un contratto può dirsi atipico solo quando il rapporto per come disciplinato dalle parti diventi “del tutto estraneo al tipo normativo, perché trae le proprie ragioni di essere dall’adeguamento degli strumenti giuridici alle mutevoli esigenze della vita sociale e dei rapporti economici” (così già, Sez. III, 07 novembre 1969, n. 3645; ma sostanzialmente nello stesso senso, *ex multis*, Sez. III, 14 gennaio 1974, n. 116; Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982; Sez. I, 11 giugno 2004, n. 11096).

Il terzo criterio, infine, è che le prestazioni atipiche poste a carico di una delle parti non mutano la causa tipica del contratto, se in questo permane la prevalenza degli elementi propri dello schema tipico (principio, anche questo, pacifico e risalente, a partire da Sez. III, 14 gennaio 1974, n. 116, Rv. 367676-01).

6.1. Se così è, ne segue che la previsione di maggiori o minori obblighi a carico di una delle parti, rispetto a quelli scaturenti dallo schema contrattuale tipico, non è di per sé sufficiente a concludere che quel contratto, mercé la pattuizione di quegli obblighi aggiuntivi, abbia mutato causa e natura.

Questo è il principio che emerge, inequivoco, dall’analisi della giurisprudenza di questa Corte, la quale – ad esempio – ha ritenuto che:

- il contratto di concessione del diritto d’uso (art. 1021 c.c.) non muta causa sol perché sia imposto un facere a carico del proprietario della cosa (Sez. II, 17 febbraio 1955, n. 462, Rv. 880375-01);

- il contratto di associazione tra professionisti (*ex lege* n. 1815/1939) non muta causa sol perché preveda la possibilità che il singolo associato sia escluso per delibera unanime degli altri (Sez. I, 16 aprile 1991, n. 4032, Rv. 471679-1);

- il contratto di deposito di generi alimentari deperibili non muta causa (in contratto d’opera) sol perché siano imposti obblighi di manutenzione ed avviso a carico del depositario (Sez. III, 20 gennaio 1997, n. 534, Rv. 501858-01);

- il contratto di commissione non muta causa sol perché sia escluso il diritto del commissionario alla

provvigione (Sez. III, 28 gennaio 2002, n. 982, Rv. 551881-01);

- la fideiussione non muta causa sol perché il fideiussore si obblighi a pagare “a prima richiesta” (S.U., 12 gennaio 2007, n. 412, Rv. 594355-01);

- il contratto di mediazione non muta causa sol perché il soggetto intermediato si obblighi a pagare la provvigione per il solo fatto che il mediatore abbia svolto la sua attività, anche senza esito (Sez. III, 13 marzo 2009, n. 6171, Rv. 607083-01);

- il contratto preliminare di vendita non muta causa sol perché preveda il pagamento anticipato del prezzo da parte del promissario acquirente (Sez. I, 1 marzo 2010, n. 4863, Rv. 612335-01).

Questi pochi esempi, trascelti tra innumerevoli, dimostrano come per la giurisprudenza di questa Corte non basta rilevare la presenza di obblighi aggiuntivi rispetto allo schema contrattuale tipico, per concludere che il relativo contratto abbia mutato causa e sia divenuto atipico.

6.3. L’applicazione di questi principi alle clausole di “rischio cambio” come quelle oggetto del presente giudizio impone di concludere che esse non mutano né punto, né poco, la causa del contratto di *leasing*.

La presenza della suddetta clausola, infatti, non consente di affermare che, mercé essa, scopo dell’utilizzatore non fu acquisire un immobile, ma fu investire del denaro per realizzare un lucro finanziario invece che commerciale.

Allo stesso modo, la presenza della suddetta clausola non basta per sostenere che fosse volontà del concedente concludere il contratto al solo fine di speculare sul tasso di cambio.

Del resto, una banale conferma della impensabilità che un *leasing* immobiliare indicizzato sia assimilabile ad un contratto di investimento finanziario la si ricava, sul piano della logica, da un’ovvia *reductio ad absurdum*: se un risparmiatore, volendo investire il proprio denaro, si vedesse consigliare dall’intermediario finanziario la stipula d’un contratto di *leasing* immobiliare indicizzato ad una valuta estera, difficilmente quell’intermediario eviterebbe un giudizio di responsabilità per violazione della regola di adeguatezza, o *suitability rule* che dir si voglia.

7. *Se la previsione d’una clausola di rischio cambio sia contraria a buona fede*

L’ordinanza di rimessione sollecita infine queste Sezioni unite (p. 9), a stabilire se la pattuizione della clausola di rischio cambio, più volte descritta, costituisca una violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte della società concedente, “per la mancanza di chiarezza e di informazione, conseguenti alla natura puramente speculativa della clausola”.

7.1. Premesso che tale questione non risulta essere stata dedotta in giudizio (né dalla società opponente, né dalla società opposta; né risulta essere stata rilevata *ex officio* dal Tribunale o dalla Corte d’appello), per completezza d’esame osservano queste Sezioni unite

che meritevolezza del contratto e rispetto dei doveri di buona fede sono questioni distinte e separate.

Un contratto invalido può essere eseguito in buona fede, così come uno valido può essere eseguito in mala fede.

Il giudizio di meritevolezza serve a stabilire se il contratto possa produrre effetti; il giudizio sul rispetto della buona fede serve a stabilire molte cose: prima della stipula può servire a stabilire se il consenso di una delle parti sia stato carpito con dolo o dato per errore; dopo la stipula, può servire a stabilire come debba interpretarsi il contratto (art. 1366 c.c.); dopo l'adempimento, può servire a stabilire se questo sia stato inesatto (art. 1375 c.c.).

Infine, il contratto immeritevole è improduttivo di effetti, il contratto eseguito senza buona fede fa sorgere il diritto alla risoluzione o al risarcimento del danno.

Alla luce di questi noti princìpi è agevole concludere che la sola pattuizione di una clausola di rischio cambio come quella oggetto del presente giudizio non può costituire, da sola, violazione dei doveri di correttezza e buona fede da parte di un intermediario creditizio o finanziario.

In ogni caso anche l'eventuale violazione dei suddetti doveri di correttezza nella fase delle trattative, e di buona fede nell'esecuzione del contratto, non potrebbe condurre ad una dichiarazione di "immeritevolezza" del contratto. Quelle violazioni potrebbero condurre teoricamente solo all'annullamento del contratto per vizio del consenso (errore o dolo), oppure all'affermazione di una responsabilità precontrattuale, od ancora al risarcimento del danno.

Tali princìpi, proprio con riferimento ad una clausola-valore inserita in un contratto di mutuo, sono stati condivisi anche da Cgue 20 settembre 2017, in causa C-186/16, Andriciuc vs. Banca Românească, secondo cui se il finanziatore, pur essendo a conoscenza o potendo conoscere eventuali future fluttuazioni del cambio a sfavore del mutuatario, non lo avverte di tale circostanza in sede precontrattuale, viola il dovere di buona fede e, se il contratto è stipulato con un consumatore, pattuisce una clausola che produce un significativo squilibrio tra le parti (è conforme Cgue 20 settembre 2018, in causa C-51/17, OTP Bank vs. Ilyés and Kiss).

8. La sentenza impugnata va dunque cassata con rinvio alla Corte d'appello di Trieste, in differente composizione, la quale tornerà ad esaminare l'appello proposto dalla Rps applicando il seguente principio di diritto:

“il giudizio di “immeritevolezza” di cui all'art. 1322, c. 2, c.c. va compiuto avendo riguardo allo scopo perseguito dalle parti, e non alla sua convenienza, né alla sua chiarezza, né alla sua aleatorietà”.

9. Va, infine, formulato nell'interesse della legge ex art. 363 c.p.c. il seguente principio di diritto:

“La clausola inserita in un contratto di *leasing*, la quale preveda che: a) la misura del canone varii in

funzione sia delle variazioni di un indice finanziario, sia delle fluttuazioni del tasso di cambio tra la valuta domestica ed una valuta straniera; b) l'importo mensile del canone resti nominalmente invariato, e i rapporti di dare/avere tra le parti dipendenti dalle suddette fluttuazioni siano regolati a parte; non è un patto immeritevole ex art. 1322 c.c., né costituisce uno “strumento finanziario derivato” implicito, e la relativa pattuizione non è soggetta alle previsioni del d.lgs. 58/1998”.

10. Le spese del presente giudizio di legittimità saranno liquidate dal giudice del rinvio.

P.q.m., la Corte di cassazione:

- rigetta il primo motivo di ricorso;

- accoglie il secondo motivo di ricorso, cassa la sentenza impugnata in relazione al motivo accolto e rinvia la causa alla Corte d'appello di Trieste, in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.

Contratto di *leasing* con doppia indicizzazione: le Sezioni unite escludono la natura di derivato implicito

Nella sentenza in commento le Sezioni unite della Corte di cassazione si sono definitivamente pronunciate sulla natura giuridica di un contratto di *leasing* indicizzato ad una valuta diversa da quella di erogazione e caratterizzato da una clausola di doppia indicizzazione, che prevede variazioni del canone sia in funzione del tasso di cambio tra euro e valuta straniera, sia in funzione del tasso di riferimento (Libor o Euribor).

La controversia trae origine da un contratto di *leasing* di un immobile in costruendo, concluso nel 2006, pertanto, prima che la legge di stabilità del 2016 introducesse la definizione da parte del diritto positivo di un tale modello di operazione economica, tuttavia, già ampiamente accettato e utilizzato nella pratica commerciale.

Il contratto oggetto di causa presentava le seguenti caratteristiche: a) il franco svizzero costituiva la valuta nominale di riferimento; b) il rimborso del finanziamento era previsto in euro; c) le rate mensili potevano variare, in aumento o in diminuzione, in base a due variabili: il tasso Libor 3 mesi – Chf e il tasso di cambio tra l'euro e il franco svizzero; d) la variabilità del canone in base al tasso Libor era illimitata in aumento e limitata in diminuzione, non poteva scendere oltre due punti in meno rispetto all'indice di riferimento (clausola *floor*); e) la variabilità del canone dipendente dalle fluttuazioni del cambio franco/euro era illimitata sia in aumento che in diminuzione ed era determinata da una particolare formula matematica che si basava su ipotesi di apprezzamento di una valuta rispetto all'altra (clausola rischio cambio); f) le variazioni dei due parametri non avrebbero determinato variazioni sul canone, ma solo guadagni e perdite per ciascuna

delle parti da regolare con rimesse reciproche e con diversa periodicità.

La società concedente il *leasing*, a fronte dell'inadempimento protratto dell'utilizzatore, presentava ricorso per decreto ingiuntivo al Tribunale di Udine.

All'emissione del decreto ingiuntivo faceva seguito l'opposizione promossa dall'utilizzatore, accolta dal giudice di primo grado, il quale, dopo aver espletato una consulenza tecnica, riteneva che la clausola di indicizzazione dei canoni, come concepita, costituisse, in realtà, uno strumento finanziario derivato con finalità speculativa.

A determinare il giudice di primo grado in tal senso era, in particolare, la presenza nel contratto di *leasing* della clausola *floor* sopra citata, per la quale era prevista l'attivazione nel caso in cui il dato puntuale del parametro di riferimento (Libor), in base al quale era determinato il tasso di interesse, scendesse oltre una certa soglia, al fine di impedire gli effetti di un'ulteriore discesa, garantendo alla banca un rendimento minimo.

Il giudice di merito rilevava che questo sistema di fatto trasforma un contratto di finanziamento a tasso variabile in uno a tasso fisso.

La riqualificazione di una tale clausola nei termini di un derivato è dovuta al fatto che vi è un tipo di contratto derivato con il quale è possibile ottenere una trasformazione di un tasso variabile in un tasso fisso; lo *swap*.

Inoltre, il giudice di prima istanza definiva la clausola in commento nei termini di un derivato implicito, in quanto ravvisava nella clausola *floor* un'opzione gratuita rilasciata in favore della società concedente il *leasing*, in modo implicito e inconsapevole, dall'utilizzatore, per il quale il contratto diveniva più oneroso.

Pertanto, il Tribunale di Udine dichiarava la nullità della clausola, in quanto stipulata dalla società finanziaria in violazione dei preventivi obblighi informativi, previsti dal d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Tuf), i quali impongono all'intermediario finanziario di dare adeguata informazione al cliente circa le caratteristiche dei prodotti proposti.

La Corte d'appello rigettava il gravame promosso e confermava la decisione del giudice di primo grado, precisando che la clausola di rischio cambio era astrusa nella sua formulazione, in quanto avrebbe dovuto regolare l'equivalenza finanziaria di un contratto stipulato in valuta estera ma, in realtà, risultava avere una funzione speculativa, incoerente con le effettive necessità di un contratto di *leasing*, nel quale introduceva un elemento di squilibrio fra le parti.

Il giudizio di secondo grado si concludeva con una dichiarazione di invalidità della sola clausola di rischio cambio per immeritevolezza di tutela ai sensi dell'art. 1322, c. 2, c.c. e, confermando l'impianto logico-argomentativo del giudice di prime cure, qualifi-

cava il contratto concluso come "una sorta di *swap*" aleatorio e rientrante nel *genus* delle scommesse.

Il ricorso per cassazione veniva assegnato alla Sezione III civile la quale, riscontrando un contrasto giurisprudenziale sulla natura giuridica e sulla validità della clausola oggetto di causa, con l'ordinanza interlocutoria 16 marzo 2022, n. 8603, poneva la questione di massima se la clausola di doppia indicizzazione, inserita in un contratto di *leasing* finanziario di immobile in costruendo, integri gli estremi di un derivato implicito, costituente uno strumento di speculazione, o non debba essere piuttosto considerata un mero meccanismo di indicizzazione, e se comunque la stessa incida sulla causa del contratto di *leasing*, trasformandolo in un diverso contratto atipico o misto e, in questo caso, con quali effetti.

I temi posti dalla controversia in disamina sono stati oggetto di autorevole analisi critica (P. de Gioia Carabellese, M. Lembo, *La deriva dei contratti speculativi in Italia: i "derivati impliciti"*. Per una causa *argentina dei derivati italiani*, in questa *Rivista*, 2022, 3, 19) svolta in attesa che le Sezioni unite si pronunciasse e chiarisse le questioni fondamentali poste dall'ordinanza di remissione, tenuto conto dell'ampia casistica presente nella realtà economica.

In particolare, nel contributo citato si evidenziava il pericolo insito nelle pronunce della giurisprudenza di merito che danno una rilevanza estrema ai derivati, attraverso "un'interpretazione creativa" degli stessi, e che, concentrate su tale impresa, sembrano dimenticare o confondere i principi fondamentali che sono alla base del diritto dei contratti, quali l'autonomia negoziale e i suoi predicati, il principio consensualistico e il valore funzionale di una clausola rispetto al *sinalagma* contrattuale.

Ebbene, le Sezioni unite, nella sentenza in commento, reinseriscono la controversia nel suo contesto naturale, ovvero quello di un contratto di finanziamento concluso da due parti in autonomia nella piena consapevolezza del relativo contenuto, e avvertono l'urgenza di pronunciare, nella prima parte della sentenza, un importante arresto giurisprudenziale sul giudizio di meritevolezza *ex art. 1322, c. 2, c.c.*, stante la motivazione formulata dalla Corte d'appello all'esito di un particolare iter argomentativo.

La Corte d'appello dichiarava la clausola in commento immeritevole di tutela, in quanto determinava una finalità speculativa del contratto concluso che era incompatibile con la causa di un contratto di *leasing*.

Pertanto, per effetto di tale clausola il giudice di merito riscontrava un'alterità giuridica del contratto rispetto al modello censito.

Le Sezioni unite rilevano che i presupposti utilizzati dal giudice di merito per formulare il giudizio di immeritevolezza (aleatorietà, asimmetria tra le prestazioni, difficoltà interpretativa, convenienza) sono del tutto irrilevanti a tal fine e denotano una scarsa sensibilità riguardo la portata normativa dell'art. 1322 c.c., nell'ambito del quale la meritevolezza assume il ruolo di predicato dell'autonomia privata, la quale attribui-

sce alle parti la libertà di realizzare i propri interessi personali o patrimoniali.

Nella sentenza in commento, in primo luogo, si evidenzia che il concetto di meritevolezza, come più volte ribadito dalla giurisprudenza in sede di legittimità, è strettamente connesso alla causa concreta, che definisce la sintesi degli interessi che l'operazione contrattuale è volta a porre in essere.

Pertanto, il giudizio *ex art. 1322, c. 2, c.c.* richiede una valutazione non del patto ma del risultato cui esso mira e non può limitarsi all'esame di singole clausole avulso dalla relazione economica che le parti hanno voluto realizzare (*ex aliis*, Cass., S.U., 17 febbraio, n. 4222; 17 febbraio 2017, n. 4224; Cass., Sez. III, 28 aprile 2017, n. 10506).

Inoltre, nella sentenza si pone l'accento sulla stretta connessione fra il giudizio di meritevolezza e l'autonomia negoziale.

In tal senso, le argomentazioni della Corte di cassazione si fondano su un assunto acquisito dalla giurisprudenza di legittimità e dalla dottrina: la previsione dell'art. 1322 c.c. muove da una presa di coscienza del diritto positivo secondo la quale l'autonomia privata ha uno spazio di esplicazione che non è definibile a priori, pertanto, i soggetti possono comporre i loro interessi discostandosi dal tipo contrattuale fino a poter concludere forme contrattuali atipiche.

Tutto ciò, come evidenziato nei lavori preparatori al codice vigente, garantisce l'adeguamento costante del diritto alla realtà pratica e, in particolare, alle esigenze della vita economica, che è per sua natura dinamica.

Tuttavia, è necessario tracciare i confini dell'autonomia privata ai sensi dell'art. 1322 c.c., al fine di apprestare una tutela giuridica alla regola pratica determinata dalle parti.

I controlli insiti nell'ordinamento positivo, relativi all'esplicazione dell'autonomia negoziale, richiedono la sottoposizione della causa concreta ad una doppia valutazione.

Una prima valutazione investe il giudizio di meritevolezza della finalità pratica rispetto al modello contrattuale censito, al fine di verificare se il contratto concluso è plausibile per l'ordinamento giuridico, se è riconoscibile dallo stesso, in quanto conforme ai principi di solidarietà sociale, parità, non prevaricazione, utilità sociale, richiesti dagli artt. 2, c. 2, 4, c. 2, 41, c. 2, Cost.

Dopo aver superato questo primo livello di giudizio, è necessario sottoporre il contratto al giudizio di liceità *ex art. 1322, c. 1, c.c.*, avendo come parametro non la singola norma ma l'intero assetto ordinamentale.

Muovendo da tale assunto sono stati, pertanto, ritenuti, in sede di legittimità, immeritevoli di tutela i contratti che avevano per scopo o per effetto quello di: a) attribuire ad una delle parti un vantaggio ingiusto e sproporzionato, senza contropartita per l'altra; b) porre una delle parti in una posizione di indeterminata

soggezione rispetto all'altra; c) costringere una delle parti a tenere condotte contrastanti con i superiori doveri di solidarietà costituzionalmente imposti.

La Corte di cassazione osserva che nel contratto oggetto di causa non ricorre nessuno di tali presupposti.

A ben vedere il giudizio di meritevolezza costituisce il grimaldello utilizzato dalla Corte nomofilattica per focalizzare la questione sulla causa concreta al fine di evidenziare che la clausola di indicizzazione, al di là dell'urgenza di una qualificazione giuridica, non intervenendo sulla causa del contratto concluso non ne modifica la natura e non lo trasforma in un derivato dalla finalità speculativa.

In realtà, precisano le Sezioni unite, il giudice di secondo grado ha ommesso di valutare il rapporto contrattuale alla luce del principio di autonomia privata *ex art. 1322, c. 1, c.c.*

Dalle argomentazioni della sentenza in disamina emerge che per i giudici di piazza Cavour la clausola di indicizzazione costituisce un accordo che, nell'economia del contratto di *leasing*, risponde all'esigenza di ampliare l'autonomia delle parti rispetto al modello e, pertanto, rappresenta un elemento volontario in senso finanziario meritevole di tutela.

Il giudice di secondo grado ha confuso il concetto di meritevolezza non solo con la difficoltà interpretativa di una clausola, a suo dire, macchinosa, ma anche con l'aleatorietà e lo squilibrio tra le prestazioni, svuotando in tal senso l'art. 1322 dei suoi indici orientativi.

Tale confusione è stata determinata dall'urgenza, avvertita dalla stessa Corte d'appello, di identificare il contratto come *swap* e di eliminare la clausola nella quale ha ravvisato il pericolo dell'alterazione di un predicato equilibrio dello schema contrattuale concluso.

La Corte di cassazione precisa che il giudizio *ex art. 1322, c. 2, c.c.* non ha ad oggetto l'obiettiva giustizia del contratto né può fondarsi sull'idea che l'equilibrio debba essere inteso come assoluta parità tra le parti (cfr. Cass., Sez. III, ord. 30 settembre 2021, n. 26538).

Un contratto aleatorio o squilibrato tra le controposte obbligazioni non può considerarsi, solo in quanto tale, immeritevole di tutela.

L'errata considerazione dei presupposti del giudizio di meritevolezza e il conseguente giudizio di invalidità della clausola, discendono dall'errore compiuto dal giudice d'appello, condiviso con il giudice di primo grado, nell'inquadrare la natura giuridica del contratto di cui è causa.

Infatti, come evidenziato, seppure l'esito del giudizio di secondo grado muove da argomentazioni diverse da quelle formulate dal giudice di prima istanza, la Corte d'appello di Trieste richiama la sentenza del tribunale nel qualificare il contratto come *swap*.

A riguardo l'ordinanza di rimessione pone all'attenzione delle Sezioni unite la questione fondamentale relativa alla possibilità di attribuire natura di

derivato implicito alla clausola che, nel contratto di *leasing*, fa dipendere gli interessi dovuti dall'utilizzatore di un bene dalla variazione di un doppio indice: finanziario (clausola *floor*) e monetario (clausola rischio cambio).

Sul punto le Sezioni unite chiariscono che, contrariamente a quanto affermato dalla sezione remittente, la giurisprudenza di legittimità è piuttosto unanime nell'affermare che una clausola siffatta è valida e non può essere qualificata come uno strumento finanziario derivato, tantomeno implicito, sia alla luce della nozione di derivato contenuta nell'art. 1 d.lgs. n. 58 cit., al c. 3, vigente al momento della stipula del contratto di *leasing* di cui è causa, sia tenendo conto, per mera completezza espositiva, del fatto che la clausola di doppia indicizzazione non rientra tra le operazioni definite strumenti finanziari derivati dal testo del d.lgs. n. 58 cit., attualmente vigente dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e dal d.lgs. 29 dicembre 2006, n. 303.

Partendo dal dato normativo la Corte di cassazione, al fine di delineare una figura chiara e univoca di contratto derivato, fa leva sia sulla rilevanza decisiva che in tal senso la giurisprudenza maggioritaria ha da sempre attribuito alla causa del negozio (cfr. Corte app., Trento, 3 maggio 2013, n. 141; Milano, Sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459) sia sulla necessaria presenza nel suo oggetto di alcuni elementi distintivi.

Appare evidente che per le Sezioni unite le decisioni precedenti, richiamate da parte ricorrente, non sono sufficienti a risolvere il quesito posto.

Infatti, affermare, come nelle sentenze richiamate nel ricorso, che la clausola di indicizzazione, a differenza del derivato, non è funzionalmente autonoma, oppure che è possibile escludere giuridicamente la natura di derivato della clausola stessa, non vuol dire formulare argomenti dirimenti.

Come osservato in una precedente pronuncia dalle Sezioni unite, il derivato non è un contratto tipico, è invece un effetto sia finanziario che giuridico, contenuto in clausole che, a volte, hanno natura autonoma, altre volte sono incorporate in un altro contratto (cfr. Cass., S.U., 12 maggio 2020, n. 8770).

Il giudice di legittimità sposta l'accento su un quesito diverso: a prescindere dalle qualificazioni bisogna chiarire se la clausola di indicizzazione abbia l'effetto di incidere in modo significativo sulla causa del contratto, orientandolo in chiave speculativa, al fine di verificare se le parti hanno concluso o meno un accordo altro e diverso rispetto al modello di riferimento e se l'accordo concluso comunque sia conforme ai principi fondamentali del nostro ordinamento e possa, pertanto, reclamare tutela nell'ambito del diritto positivo.

Ora per effetto del contratto oggetto di causa, la società concedente ha assunto l'obbligo di acquistare l'immobile in costruendo e la società utilizzatrice ha ottenuto in godimento il bene con il corrispettivo obbligo di restituire le rate.

L'art. 1 d.lgs. n. 58 cit., individuava quattro tipi principali di strumenti finanziari derivati: la compra-

vendita (come l'acquisto di *futures*), la copertura di rischi (come i crediti *default swap*), la concessione a fronte di un corrispettivo di un diritto di opzione, lo scambio di pagamenti stabiliti sulla base di diverse variabili.

Pertanto, risulta evidente che l'operazione economica in esame difetta della causa concreta propria degli strumenti finanziari derivati, come previsti dalla normativa vigente al momento della stipula del contratto.

Infatti, con il patto di indicizzazione le parti non hanno realizzato alcuno scambio di flussi di denaro, non hanno lucrato sulle previste fluttuazioni valutarie e tanto meno hanno inteso coprire un rischio di credito.

Inoltre, il contratto concluso non presenta nessuno degli elementi unificanti gli strumenti finanziari derivati, che il giudice di legittimità ha identificato nella differenzialità dell'oggetto del contratto, nella sussistenza di un capitale nozionale e nella previsione di un'opzione *mark to market*, recependo un orientamento e molto restrittivo nella identificazione dei derivati impliciti. (cfr. Cass., S.U., n. 8770/2020 cit.).

In particolare, l'opzione *mark to market* è considerata dalla giurisprudenza prevalente un elemento essenziale del contratto derivato, in quanto essa rappresenta "sia pure nella dimensione temporalmente contestualizzata, un differenziale tra contrapposti flussi finanziari" (Trib. Milano, Sez. VI, 9 marzo 2016, n. 3070).

Il *mark to market* è un valore costantemente variabile del prodotto derivato ed esprime il totale dei differenziali futuri sulla base degli indici di riferimento e può fungere, in caso di risoluzione anticipata, da costo di sostituzione del prodotto.

Tale opzione non era prevista nel contratto concluso tra le parti coinvolte nel giudizio.

La clausola di rischio cambio era volta piuttosto a determinare il valore di una prestazione agganciandolo ad un indice monetario determinato e, pertanto, non era assimilabile ai c.d. "strumenti finanziari collegati alla valuta", per mezzo dei quali le parti speculano sulle fluttuazioni del mercato valutario.

Sul punto il giudice di legittimità richiama, altresì, l'attenzione sul fatto che il contratto di *leasing* ha pur sempre anche una funzione di finanziamento che, se concesso in valuta estera, deve necessariamente essere regolato in modo da evitare i rischi connessi alla svalutazione della moneta nazionale.

Un finanziamento il cui importo è ancorato ad un rapporto di cambio costituisce un debito di valore e non già di valuta.

Pertanto, la clausola di rischio cambio è in realtà una clausola-valore funzionale a stabilire un criterio rispetto al quale commisurare la prestazione del debitore, nel caso in cui il corso di conversione della valuta, in cui è espresso il credito, cambi durante la vigenza del contratto.

Da tale assunto discende che il contratto di cui è causa è caratterizzato da una naturale alea, in quanto la clausola fa dipendere l'*an* e il *quantum* della prestazione del debitore da un parametro esterno e variabile, ma da ciò non deriva, con perfetto automatismo, la riconducibilità del contratto alla scommessa finanziaria.

Il giudice di secondo grado, qualificato il contratto nei termini di uno *swap*, si è posto nella scia di quelle pronunce che, dando per scontata la natura aleatoria del contratto derivato a fronte di un interesse meritevole di tutela, aderiscono ad una definizione dello stesso come “scommessa legalmente autorizzata” (definizione inaugurata dal celebre arresto della Corte app. Milano, Sez. I, 18 settembre 2013, n. 3459 e condivisa *ex multis* da Trib. Milano, Sez. VI, 16 giugno 2015, n. 7398).

Tuttavia, la Corte di cassazione rileva, in primo luogo, che la Corte d'appello ha confuso l'alea economica, che può interessare ogni contratto, con l'alea giuridica che è rappresentata dalla *susceptio periculi* ed è elemento identificativo dei contratti aleatori, e, in ultima analisi, che la giurisprudenza, la quale ha identificato lo *swap* nei termini di una scommessa finanziaria, ha attribuito un'importanza decisiva, al tal fine, all'esistenza di un accordo che investa la misura di un'alea razionale e consapevole e alla presenza sia di una causa individuata “nella negoziazione e nella monetizzazione di un rischio”, sia di un oggetto contenente l'opzione *mark to market* (Cass., S.U., n. 8770/2020 cit.).

Con la clausola oggetto della controversia le parti, consapevolmente e nell'esercizio dell'autonomia negoziale, hanno invece introdotto nell'operazione economica conclusa un meccanismo di adeguamento della prestazione pecuniaria, in caso di concrete sopravvenienze determinate da fluttuazioni valutarie.

Tale meccanismo, come ribadito in diverse pronunce del giudice di legittimità, non costituisce “una diversa operazione negoziale avente natura di investimento finanziario” ed è assimilabile solo finanziariamente ma non anche giuridicamente al “*domestic currency swap*”, pertanto, non è uno strumento finanziario derivato (cfr. Cass., Sez. III, 22 febbraio 2021, n. 4659).

Le Sezioni unite precisano, inoltre, che la previsione di una clausola *floor* non è sintomatica di una vendita implicita e inconsapevole da parte del cliente di un'opzione *floor* e, quindi, di un derivato implicito, ma piuttosto trattasi di un patto lecito e consentito dall'art. 1353 c.c.

Infatti, il giudice di legittimità chiarisce che le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale ex art. 1322, c. 1, c.c., possono determinare la struttura del loro rapporto obbligatorio e realizzare volontariamente uno squilibrio fra le prestazioni stesse, anche attraverso la previsione di clausole le quali prevedano, in caso di sopravvenienze, meccanismi di adattamento dello schema contrattuale, con il rischio, che le parti assumono consapevolmente, di renderlo aleatorio e squilibrato.

Si precisa in sentenza che, in un contratto di finanziamento, la previsione di alcuni eventuali conguagli, a favore di una parte o di un'altra, i quali vengano regolati senza incidere sul valore della rata, costituisce un effetto normale dello statuto delle obbligazioni civili.

Tale precisazione richiama all'attenzione un principio fondamentale dello statuto delle obbligazioni civili contenuto nell'art. 1174, c. 1, c.c., secondo il quale un'obbligazione deve essere suscettibile di ricevere un contenuto economico.

Il contenuto dell'obbligazione è patrimonializzabile e non già patrimoniale (nel senso di definito *a priori*) e può risentire anche di esigenze di adattamento ad eventi esterni e rilevanti nella dinamica del rapporto contrattuale, anche sotto il profilo economico.

Pertanto, le parti possono non solo attribuire un valore economico ai beni ma anche regolare e modulare, nel rispetto del principio di determinatezza, le rispettive obbligazioni assumendo, consapevolmente, il rischio di influenzare gli effetti economici dell'operazione conclusa a vantaggio di una parte piuttosto che di un'altra.

Lo squilibrio tra le prestazioni nel rapporto contrattuale di cui è causa è assolutamente legittimo, in quanto è il risultato dell'attuazione di un principio fondamentale nel nostro ordinamento: l'autonomia negoziale.

Lo squilibrio fra prestazioni diviene illegittimo quando è il risultato di un consenso prestato in mancanza di concrete alternative di scelta per la coesistenza di condizioni che riducono o scemano grandemente la libertà contrattuale, come nella previsione dell'art. 1447 c.c.

In tal caso il contratto è da considerarsi invalido non perché squilibrato ma perché iniquo e può costituire terreno fertile per la realizzazione di situazioni di abuso.

Tale acquisizione, pacifica in giurisprudenza di legittimità, è valida anche nel nuovo diritto dei contratti, nel quale lo squilibrio non rileva mai in sé e per sé ma solo se accompagnato dal concetto *antitrust* della mancanza di concrete alternative, che permea ormai il nuovo diritto dei contratti.

Pertanto, la clausola in esame, pur prevedendo una naturale alea e un potenziale squilibrio tra le parti, non può essere considerata immeritevole di tutela ex art. 1322, c. 2, c.c.

In conclusione, l'ultimo quesito posto dall'ordinanza di rimessione chiede di chiarire se la clausola di rischio cambio violi i doveri di correttezza e buona fede per mancanza di chiarezza e di informazione, stante la sua presunta natura speculativa.

A riguardo le Sezioni unite ribadiscono che l'indicizzazione del canone alle fluttuazioni del rapporto di cambio costituisce una clausola-valore, priva di finalità speculativa.

Pertanto, tale clausola non pone alcun problema di violazione dei doveri di correttezza e di buona fede.

In ogni caso, la violazione di tali doveri, nella fase delle trattative, non può condurre ad una dichiarazione di immeritevolezza.

Potrebbe, invece, configurarsi l'annullamento del contratto per vizio del consenso oppure una responsabilità precontrattuale o il risarcimento del danno.

Il giudizio di meritevolezza non coinvolge i doveri di buona fede e di correttezza, come non riguarda giudizi sulla convenienza dell'affare, sulla chiarezza e sull'aleatorietà del contratto.

Il giudizio *ex art. 1322, c. 2, c.c.* è invece funzionale a stabilire se il risultato di un contratto è conforme alla coscienza civile, ai principi di solidarietà sociale e non prevaricazione e, pertanto, è accettabile dal nostro ordinamento e può produrre effetti.

L'ordinamento si preoccupa di tutelare il contraente il cui consenso sia stata prestato in assenza di libertà di autodeterminazione, ma non di certo il contraente che, libero e informato, ha compiuto scelte, le quali hanno comportato uno squilibrio economico a suo svantaggio.

Diversamente si finirebbe con il sovrapporre al giudizio di meritevolezza quello sulla convenienza dell'affare.

Tuttavia, in tale sovrapposizione è insito il pericolo di sottrarre potere alla volontà delle parti in favore del potere eteronomo del giudice sul sinallagma contrattuale.

All'esito di tali argomentazioni, la Corte di cassazione, nella sua più autorevole composizione, conclude disponendo rinvio alla Corte d'appello di Trieste affinché esamini la meritevolezza del contratto di *leasing* indicizzato, avendo riguardo all'assetto di interessi diviso tra le parti e non già al patto, dopo aver escluso che la clausola di indicizzazione possa essere identificata in uno strumento finanziario derivato implicito, avendo chiarito che una tale clausola costituisce piuttosto un elemento volontario attraverso il quale le parti, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, hanno adattato il tipo alle loro esigenze senza destrutturarne la causa concreta.

CRISTINA ORSINI

* * *