

# PARERE CIVILE ESAME AVVOCATO 2019

## Prima Traccia

L'imprenditore individuale Tizio si rivolge alla Società Gamma affinché la stessa acquisti un macchinario che è in vendita presso il negozio gestito da Caio e glielo conceda poi in locazione finanziaria. Il contratto di Leasing viene stipulato e prevede il pagamento, a carico dell'utilizzatore Tizio, della complessiva somma di 60.000 euro, suddivisa in rate mensili di 1000 euro ciascuna. Contestualmente, la società gamma e il fornitore stipulano un patto di riacquisto in forza del quale Caio, in caso di risoluzione per inadempimento del contratto di leasing e a seguito di apposita richiesta da parte della società Gamma, si obbliga a riacquistare il bene a un prezzo prestabilito. Nel corso del rapporto contrattuale, però, Tizio non paga le ultime 10 rate pattuite. Caio, pur consapevole di non esservi tenuto e per evitare di essere costretto a riacquistare un bene che, in quanto usato, ha ormai perso gran parte del suo valore commerciale, decide di provvedere lui stesso al pagamento dei residui canoni insoluti e versa alla società concedente la somma di 10.000 euro. Successivamente Caio cita in giudizio Tizio dichiarando di agire in regresso ai sensi dell'articolo 1950 cc e chiedendo la restituzione della somma, maggiorata degli interessi legali dalla data del pagamento. Tizio, ricevuta la notificazione dell'atto di citazione, si rivolge ad un legale per un consulto. Il candidato, assunto le vesti del legale di Tizio, rediga un parere motivato illustrando le questioni sottese al caso in esame e indicando la linea difensiva più utile a tutelare la posizione del proprio assistito.

# Soluzioni Prima Traccia

Il leasing è stato per lungo tempo considerato un contratto atipico; con la L. 124/2017 il legislatore ne ha tratteggiato struttura, funzione, e disciplina, e deve quindi oggi considerarsi a tutti gli effetti un contratto tipico.

Come è noto il contratto di leasing è un'operazione trilaterale che consiste in un collegamento tra due contratti: il primo contratto è quello stipulato tra la società Gamma che si impegna ad acquistare il bene da un terzo e Tizio, l'utilizzatore. Il secondo contratto è quello di acquisto stipulato tra la società Gamma e Caio, il fornitore del bene. In sostanza il leasing, più che un contratto, è un'operazione, trilaterale, composta da due contratti bilaterali collegati tra di loro, in cui Gamma è parte di entrambi i contratti, mentre Tizio e Caio risultano parti in uno solo dei due contratti stipulati con Gamma, e quindi risultano terzi tra di loro.

Tra i due contratti, che rimangono distinti, sussiste comunque un collegamento negoziale, tale che le vicende di uno influenzano direttamente o indirettamente anche le vicende dell'altro.

Nel momento in cui l'utilizzatore è inadempiente al pagamento delle rate, il contratto si risolve di diritto, con la conseguenza che il bene deve essere restituito alla società Gamma, e che Caio potrebbe essere costretto – su richiesta della società – ad acquistare il detto bene.

Il pagamento da parte di Caio si configura quindi come un adempimento del terzo (articolo 1180 cc).

Assolutamente incongruo è il riferimento di Caio alla cosiddetta "azione di regresso" prevista dall'articolo 1950. La fattispecie deve essere invece inquadrata correttamente nell'ambito dell'adempimento del terzo ed eventualmente della surrogazione (articolo 1203).

Sul punto, sono intervenute le SS.UU della Cassazione, con una sentenza che si adatta perfettamente al nostro caso (Cass. SS.UU, 9996/2009).

La massima è la seguente: L'adempimento spontaneo di un'obbligazione da parte del terzo, ai sensi dell'art. 1180 cod. civ., determina l'estinzione dell'obbligazione, anche contro la volontà del creditore, ma non attribuisce automaticamente al terzo un titolo per agire direttamente nei confronti del debitore, non essendo in tal caso configurabili né la surrogazione per volontà del creditore, prevista dall'art. 1201 cod. civ., né quella per volontà del debitore, prevista dall'art. 1202 cod. civ., né quella legale di cui all'art. 1203 n. 3 cod. civ., la quale presuppone che il terzo che adempie sia tenuto con altri o per altri al pagamento del debito; la consapevolezza da parte del terzo di adempiere un debito altrui esclude inoltre la surrogazione legale di cui agli artt. 1203 n. 5 e 2036, terzo comma, cod. civ., la quale, postulando che il pagamento sia riconducibile all'indebito soggettivo "ex latere solventis", ma non sussistano le condizioni per la ripetizione, presuppone nel terzo la coscienza e la volontà di adempiere un debito proprio; pertanto, il terzo che abbia

pagato sapendo di non essere debitore può agire unicamente per ottenere l'indennizzo per l'ingiustificato arricchimento, stante l'indubbio vantaggio economico ricevuto dal debitore.

In altre parole, l'adempimento da parte del terzo, non legittima automaticamente il terzo (ovverosia Caio) a ripetere quanto pagato al creditore, ma tutt'al più lo legittima ad agire con l'azione di ingiustificato arricchimento (articolo 2041). Questo però, precisa la Corte, solo ove il terzo non sia stato surrogato dal creditore ai sensi dell'articolo 1203, e qualora il terzo fosse consapevole di adempiere ad un debito altrui.

Nel nostro caso, invece, Caio ha un interesse qualificato e rilevante all'estinzione dell'obbligazione. Ed è anche probabile (anche se ciò non è esplicitato dalla traccia) che al momento del pagamento sia stato surrogato dal creditore ai sensi dell'articolo 1203.

Risulta quindi che la pretesa di Tizio di opporsi al pagamento, è infondata dal punto di vista giuridico che dal punto di vista pratico.

Il debitore (in questo caso Tizio) infatti potrebbe opporsi all'adempimento del terzo solo se avesse fatto un'esplicita opposizione presso il creditore (articolo 1180 comma 2); circostanza, questa, che nella traccia non è stata esplicitata e che quindi dobbiamo presupporre non essersi verificata.

Né ha alcun valore il fatto che l'azione intentata da Caio sia stata qualificata "regresso", dal momento che l'errata qualifica di un'azione non impedisce la riqualificazione corretta da parte del giudice, se i presupposti formali e sostanziali dell'azione sono stati rispettati (il principio è espresso col brocardo latino *iura novit curia*).

Come legali, consiglieremo dunque a Tizio di pagare la somma richiesta, essendo la pretesa di Caio perfettamente legittima.

(soluzione di Paolo Franceschetti fonte:

<https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/10/esame-avvocato-2019-traccia-1-parere-civile-soluzione-proposta>)

# Soluzione Prima Traccia

La traccia sottoposta all'attenzione dello scrivente impone di soffermarsi sui rapporti tra leasing, rimedi in caso di risoluzione e pagamento da parte del terzo del debito gravante a carico dell'utilizzatore.

Tizio, imprenditore individuale, si rivolgeva alla società Gamma perché essa acquistasse un bene di proprietà di Caio, concedendoglielo poi in leasing. Il leasing stipulato prevedeva il pagamento di 60 canoni mensili da 1.000 euro l'uno.

Gamma e Caio, peraltro, stipulavano un contratto con cui Caio si vincolava a riacquistare a un prezzo prestabilito il bene fornito il leasing nel caso di risoluzione per inadempimento del contratto e dietro specifica richiesta di Gamma.

Tizio si rendeva inadempimento, non pagando gli ultimi dieci canoni. Caio, dal canto suo, versava a Gamma la somma di 10.000 euro, pari a canoni insoluti, pur sapendo di non esservi tenuto.

A fronte di questo pagamento, Caio ha agito nei confronti di Tizio ai sensi dell'art. 1950 c.c., ossia esercitando un'azione di regresso che compete al fideiussore, e chiedendo la restituzione dei 10.000 euro pagati, oltre interessi dalla data del pagamento.

La soluzione del caso richiede, anzitutto, di esaminare l'istituto del leasing, tipizzato recentemente dal legislatore con l. 124/2017. Di poi, ci si chiederà quale sia la natura del patto sottoscritto tra Gamma e Caio. Infine, si esaminerà la fondatezza dell'azione esperita

da Caio, verificando anche se lo stesso Caio, instaurando un nuovo procedimento o nell'ambito dello stesso processo, possa ottenere una condanna di Tizio ad altro titolo.

Come noto, il leasing è il contratto con cui una parte concede in godimento a un'altra parte un certo bene dietro un corrispettivo e per un certo periodo di tempo, scaduto il quale l'utilizzatore potrà divenire proprietario del bene, eventualmente pagando un'ulteriore somma, o potrà semplicemente restituirlo al concedente.

Il leasing per lungo tempo ha rappresentato un contratto socialmente tipico, ma legalmente tipico, in quanto sprovvisto di un'organica disciplina legale.

La giurisprudenza, supplendo al legislatore, ha ritenuto fin da subito che il leasing fosse un contratto meritevole, e per ciò idoneo a creare rapporti giuridici vincolanti, e al tempo stesso ha distinto varie tipologie di leasing.

Si è così parlato di leasing finanziario, in cui fornitore – colui che produce il bene – e concedente non coincidono (solitamente il concedente è una banca) e di leasing operativo, in cui invece essi coincidono. Inoltre, si sono contrapposti il leasing traslativo e il leasing di godimento: in particolare, «il leasing di godimento risulta stipulato con funzione di finanziamento, rispetto a beni non idonei a conservare un apprezzabile valore residuale alla scadenza del rapporto e in corrispettivo di canoni remunerativi esclusivamente dell'uso dei beni locati. Il leasing traslativo risulta invece stipulato con riferimento a beni idonei a conservare alla scadenza del contratto un valore residuo superiore all'importo convenuto per l'opzione e in corrispettivo di canoni che includono anche una quota del prezzo in previsione del successivo acquisto da parte dell'utilizzatore. Tale bipartizione,

lungi dal risolversi in una semplice disquisizione teorica vertente sul profilo causale del negozio, si riflette sugli effetti propri della risoluzione del contratto in caso di inadempimento da parte dell'utilizzatore. Infatti – fermo restando in entrambi i casi il diritto del concedente alla restituzione del bene – nel primo caso, in applicazione della disciplina generale in materia di contratto ad esecuzione periodica o continuata (art. 1458 c.c.), il concedente ha diritto a trattenere i canoni già riscossi, proprio perché strettamente funzionali alla detenzione avuta dall'utilizzatore per l'intero periodo di efficacia del contratto; nel secondo caso, invece, viene ritenuta prevalente la causa di scambio rispetto a quella di finanziamento, con conseguente applicazione della disciplina della vendita con riserva di proprietà e, quindi, dell'art. 1526 c.c. Sul piano rimediabile, la conseguenza è che l'utilizzatore, restituita la cosa, ha diritto alla restituzione delle rate rimosse, fatto salvo il diritto del concedente di trattenere un equo compenso per l'uso della cosa, il quale comprende la remunerazione del godimento del bene, il deprezzamento conseguente alla sua non commerciabilità come nuovo, il logoramento per l'uso, oltre al risarcimento del danno che può derivare da un deterioramento anormale della cosa dovuto all'utilizzatore» (così da ultimo Trib. Milano, 15 ottobre 2018, n. 10331).

Di recente, tuttavia, è intervenuto il legislatore, il quale ha regolato espressamente all'art. 1, l. 124/2017, il leasing finanziario, dettandone una disciplina completa quanto a presupposti, effetti e conseguenze in caso di risoluzione per inadempimento.

Ivi si è previsto, in particolare, che «per locazione finanziaria si intende il contratto con il quale la banca o l'intermediario finanziario iscritto nell'albo di cui all'articolo 106 del testo unico di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, si obbliga ad acquistare o a



far costruire un bene su scelta e secondo le indicazioni dell'utilizzatore, che ne assume tutti i rischi, anche di perimento, e lo fa mettere a disposizione per un dato tempo verso un determinato corrispettivo che tiene conto del prezzo di acquisto o di costruzione e della durata del contratto. Alla scadenza del contratto l'utilizzatore ha diritto di acquistare la proprietà del bene ad un prezzo prestabilito ovvero, in caso di mancato esercizio del diritto, l'obbligo di restituirlo».

Inoltre, secondo quanto previsto dal legislatore, «Costituisce grave inadempimento dell'utilizzatore il mancato pagamento di almeno sei canoni mensili o due canoni trimestrali anche non consecutivi o un importo equivalente per i leasing immobiliari ovvero di quattro canoni mensili anche non consecutivi o un importo equivalente per gli altri contratti di locazione finanziaria. In caso di risoluzione del contratto per l'inadempimento dell'utilizzatore ai sensi del comma 137, il concedente ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuto a corrispondere all'utilizzatore quanto ricavato dalla vendita o da altra collocazione del bene, effettuata ai valori di mercato, dedotte la somma pari all'ammontare dei canoni scaduti e non pagati fino alla data della risoluzione, dei canoni a scadere, solo in linea capitale, e del prezzo pattuito per l'esercizio dell'opzione finale di acquisto, nonché le spese anticipate per il recupero del bene, la stima e la sua conservazione per il tempo necessario alla vendita. Resta fermo nella misura residua il diritto di credito del concedente nei confronti dell'utilizzatore quando il valore realizzato con la vendita o altra collocazione del bene è inferiore all'ammontare dell'importo dovuto dall'utilizzatore a norma del periodo precedente. Ai fini di cui al comma 138, il concedente procede alla vendita o ricollocazione del bene sulla base dei valori risultanti da pubbliche rilevazioni di

mercato elaborate da soggetti specializzati. Quando non è possibile far riferimento ai predetti valori, procede alla vendita sulla base di una stima effettuata da un perito scelto dalle parti di comune accordo nei venti giorni successivi alla risoluzione del contratto o, in caso di mancato accordo nel predetto termine, da un perito indipendente scelto dal concedente in una rosa di almeno tre operatori esperti, previamente comunicati all'utilizzatore, che può esprimere la sua preferenza vincolante ai fini della nomina entro dieci giorni dal ricevimento della predetta comunicazione. Il perito è indipendente quando non è legato al concedente da rapporti di natura personale o di lavoro tali da compromettere l'indipendenza di giudizio. Nella procedura di vendita o ricollocazione il concedente si attiene a criteri di celerità, trasparenza e pubblicità adottando modalità tali da consentire l'individuazione del migliore offerente possibile, con obbligo di informazione dell'utilizzatore».

La Suprema Corte, con una recentissima e condivisibile pronuncia (Cass., 29 marzo 2019, n. 8980), ha peraltro ritenuto che «la nuova disposizione ha tipizzato la locazione finanziaria quale fattispecie negoziale autonoma distinta dalla vendita con riserva di proprietà ... escludendo la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo e facendo così venir meno una bipartizione che non è fondata su alcuna norma di legge».

Sulla base delle premesse formulate, procediamo a sussumere i fatti concreti nelle norme giuridiche.

Orbene, il contratto concluso tra Tizio, Gamma e Caio è un leasing finanziario, rispetto a cui manca però la previsione del pagamento di un prezzo finale per mantenere la titolarità

del bene. Nondimeno, parrebbe possibile applicarvi la disciplina del leasing finanziario per come dettata dal legislatore: si rientra comunque all'interno dell'elasticità del tipo legale.

Quanto, poi, al patto concluso tra Caio e Gamma, esso impone a Caio di acquistare il bene concesso in leasing nel caso di risoluzione e a un prezzo prestabilito. Rispetto al contratto di leasing si può ritenere che un tale patto abbia comunque una rilevanza, rappresentando una modalità attraverso cui il concedente si garantisce di collocare il bene stesso sul mercato e quantifica ex ante il valore del bene.

A dire il vero, nel caso – più che probabile, stando ai dati di fatto di cui si è a conoscenza – in cui Tizio non abbia partecipato a questo accordo tra Caio e Gamma, non si può ritenere che esso gli sia opponibile: in altri termini, di fronte a una risoluzione del contratto di leasing per suo inadempimento, Tizio potrebbe ritenersi non vincolato dal contratto tra Caio e Gamma e potrebbe richiedere a quest'ultima di seguire le modalità indicate dal legislatore per quantificare il valore del bene. Nondimeno, là dove il prezzo ottenuto da Caio fosse più alto del valore di mercato, Tizio potrebbe giovare di questo accordo, poiché Gamma avrebbe comunque incamerato una somma più alta di quella ottenibile sul mercato tramite il procedimento previsto dal legislatore. In altri termini, Tizio potrebbe a suo piacimento decidere se avvantaggiarsi o meno del patto tra Caio e Gamma.

Ciò detto, va però sicuramente escluso che il contratto tra Caio e Gamma sia una fideiussione, rispetto a cui operi un regresso a favore di Caio; tanto meno con riferimento al caso di specie, in cui Caio ha pagato un debito altrui – quello di Tizio – a prescindere da una risoluzione per inadempimento del contratto di leasing, e anzi proprio per evitarla.

In conclusione, deve ritenersi che la pretesa di Caio ex art. 1950 c.c. sia del tutto infondata.

Nondimeno, Caio potrebbe agire nei confronti di Tizio ai sensi dell'art. 2041 c.c., ossia per ingiustificato arricchimento, per aver pagato un debito consapevolmente altrui (pagamento del terzo, art. 1180 c.c.). A tale titolo potrebbe però richiedere soltanto la somma minore tra il suo impoverimento (pari a 10.000 euro oltre interessi) e l'arricchimento di Tizio.

Un simile arricchimento dovrebbe quantificarsi come segue: sottraendo all'attuale valore di mercato del bene di cui Tizio continua a godere (a, situazione attuale) una somma pari al prezzo che Gamma avrebbe incamerato se il contratto con Tizio fosse stato risolto e Caio avesse dovuto ottemperare al suo obbligo contrattuale di pagamento del prezzo, dedotta una somma equivalente all'ammontare dei canoni scaduti oltre interessi e spese (b, situazione ipotetica).

La ragione è che, se il contratto fosse stato risolto (e cioè se Caio non fosse intervenuto pagando il debito di Tizio), Tizio avrebbe ottenuto ai sensi delle previsioni di legge già citate la restituzione di una somma pari al valore del bene concesso in leasing sottratti i canoni ancora dovuti oltre interessi e spese. Un tale valore, come detto, avrebbe potuto essere pari al prezzo dovuto da parte di Caio in forza dell'accordo concluso con Gamma, qualora tale prezzo fosse stato superiore al valore di mercato del bene (come avvenuto nel caso di specie, secondo quanto è dato evincere dal testo della traccia).

L'arricchimento di Tizio, di conseguenza, non può che essere pari alla differenza tra la sua situazione attuale (a) e quella in cui sarebbe stato se Caio non avesse pagato (b).

Proprio perché il valore di mercato del bene concesso in leasing è inferiore al prezzo dovuto da Caio, stando a quanto si può desumere dalla traccia, si può pure ritenere che la differenza tra (a) e (b) sia inferiore a 10.000 euro oltre interessi: e che quindi a titolo di ingiustificato arricchimento Tizio sia debitore di una somma minore di quella richiestagli ex art. 1950 c.c.

Di conseguenza, si consiglia a Tizio di difendersi dalla pretesa di Caio eccependo di non dovergli alcuna somma; tanto più che Caio, com'è evidente, non potrà cambiare la sua domanda in corso di causa, poiché ciò costituirebbe un'inammissibile *mutatio* (e non già *emendatio*) libelli.

Non si può però scongiurare il rischio che, un domani, Caio agisca ai sensi dell'art. 2041 c.c. contro Tizio: a quel titolo Tizio verrebbe presumibilmente condannato, per quanto a una somma probabilmente inferiore rispetto a quella ora richiestagli.

(la soluzione è stata proposta da <https://www.scuoladilegge.it/soluzioni-tracce-esame-avvocato-2019-parere-civile-1/>)

## Seconda Traccia

L'imprenditore edile Caio, venuto a conoscenza che l'amico Sempronio ha intenzione di ristrutturare l'appartamento in cui abita, si dichiara disponibile a eseguire personalmente i lavori all'uopo necessari e predispose un preventivo per il complessivo importo di 45000 euro. Sempronio, ricevuto brevi manu il preventivo, vi appone a penna alcune modifiche, indicando il corrispettivo di 35000 euro e precisando che i lavori avrebbero dovuto iniziare entro il 15 novembre 2019 e avrebbero dovuto concludersi entro il 31 gennaio 2020. Lo stesso Sempronio riconsegna poi a Caio il documento così modificato. Dopo alcuni giorni, in data 10 ottobre 2019, Caio invia a Sempronio una email regolarmente ricevuta dal destinatario con la quale dichiara di accettare le nuove condizioni e si rende disponibile a iniziare i lavori già dal 18 ottobre. Con successiva email del 15 ottobre 2019, Sempronio comunica però di voler annullare la propria commissione e invita Caio a non dare avvio alle opere. Qualche tempo dopo, però, Sempronio riceve una lettera da parte di Caio nella quale questi, lamentando l'inadempimento agli obblighi contrattuali, chiede la corresponsione della somma di euro 35000 a titolo di ristoro del danno conseguente alla mancata esecuzione del contratto.

Sempronio si rivolge dunque a un legale per conoscere quale posizione assumere nei confronti dell'altrui pretesa creditoria. Il candidato, assunto le vesti del legale di Sempronio, rediga un parere motivato, illustrando le questioni sottese al caso in esame e indicando la linea difensiva più utile a tutelare la posizione del proprio assistito.

## Soluzione Seconda Traccia

Le trattative e la conclusione del contratto di appalto. Preliminarmente è necessario verificare se il sinallagma contrattuale risulti validamente insorto e, più specificamente, se la proposta negoziale manifestata dal proponente-appaltatore per il tramite della formulazione di un preventivo di spesa in forma scritta, peraltro modificato nel prezzo e nelle condizioni temporali (inizio e fine lavori) ad opera del ricevente-committente, determini un vincolo negoziale valido. Le circostanze di fatto illustrate nella traccia fanno propendere nel senso dell'avvenuta conclusione del contratto.

Più in dettaglio, l'art. 1326 c.c., al I comma, detta la regola secondo cui il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta abbia conoscenza dell'accettazione dell'altra parte: Caio ha formulato un preventivo di spesa, Sempronio l'ha modificato in alcuni elementi (corrispettivo, data di inizio e fine lavori), così realizzando la fattispecie contemplata al comma V dell'art. 1326 c.c. (un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta); Caio, in seguito, a mezzo email, ha dichiarato di accettare le modifiche apportate da Sempronio. Inoltre, Caio si è reso meramente "disponibile" a iniziare la ristrutturazione sin dal 18 ottobre, tuttavia senza modificare la data di inizio lavori proposta da Sempronio (15 novembre). Solo in seguito Sempronio ha manifestato, per il tramite di email, la volontà di "annullare la propria commissione", al contempo invitando Caio "a non dare avvio alle opere".

Ulteriormente si osserva che non ricorre la fattispecie descritta al comma IV dell'art. 1326 c.c., in quanto il proponente non ha richiesto, per l'accettazione, una forma determinata: per l'effetto, nonostante l'accettazione sia stata formulata in modalità differente dalla proposta (via email anziché in forma cartacea), spiegherà comunque efficacia.

Si evidenzia che la più recente ermeneutica in tema di accertamento della condotta delle parti atta all'insorgere del sinallagma contrattuale (Corte di Cassazione, Sezione II Civile,

Sentenza 6 giugno 2017, n. 14006), ha posto in luce che costituisce accertamento riservato al giudice di merito, non sindacabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione, valutare se l'intesa raggiunta dai contraenti abbia ad oggetto un regolamento definitivo del rapporto ovvero un documento con funzione meramente preparatoria di un futuro negozio e, nel porre in essere tale verifica, il giudice può fare ricorso ai criteri dettati dagli articoli 1362 e seguenti c.c. per ricostruire la volontà delle parti, tenendo conto sia del loro comune comportamento, anche successivo, sia della disciplina complessiva dalle stesse dettata.

Nella specie esaminata dal Supremo collegio di legittimità, diversamente da quella sottoposta a parere, veniva rintracciata la mancanza di una descrizione analitica dei tempi e delle modalità di esecuzione della prestazione e di pagamento del corrispettivo, nonché di espressioni idonee ad evidenziare, in modo univoco, il sorgere del reciproco sinallagma contrattuale, ritenendo irrilevante la mera sottoscrizione del preventivo da parte del committente, non accompagnata da alcuna espressione da cui potesse desumersi l'assunzione di una vera e propria obbligazione. Dall'esame della vicenda de qua, al contrario, emergono circostanze dalle quale è comprovabile la realizzazione del sinallagma, per le ragioni già suesposte.

A ciò si aggiunga che il contratto di appalto non è soggetto a rigore di forme, di talché la relativa stipulazione non richiede la forma scritta, né ad substantiam, né ad probationem, potendo essere concluso anche per facta concludentia (più di recente, Tribunale Milano, Sezione VII Civile, Sentenza I marzo 2019, n. 2095). Ragion per cui lo scambio di email, intercorso tra le parti, risulta idoneo a comprovare l'avvenuta stipulazione del contratto.

L'inquadramento della vicenda. All'interno della disciplina codicistica del contratto di appalto l'art. 1671 c.c. si occupa propriamente del recesso unilaterale. In dettaglio, il committente è legittimato a recedere da tale contratto, e finanche nell'ipotesi ove sia stata già iniziata l'esecuzione dell'opera ovvero la prestazione del servizio, a condizione che



tenga indenne l'appaltatore di tre tipologie specifiche di voci contemplate dalla norma: spese sostenute, lavori eseguiti, mancato guadagno.

Orbene, nel caso che interessa, essendo il recesso manifestato in data 15 ottobre, non potrebbe venire in considerazione la voce afferente ai "lavori eseguiti", non essendo ancora stato impiantato il cantiere da parte dell'appaltatore Caio il quale, nella sua email datata 10 ottobre, aveva manifestato la disponibilità a iniziare l'opera di ristrutturazione a decorrere dal 18 ottobre successivo. Conseguente che le uniche voci, contemplate dalla norma succitata, a cui Sempronio va incontro in sede di eventuale esborso, corrispondono alle "spese sostenute" e al "mancato guadagno".

La natura dell'indennizzo. Ulteriore precisazione attiene alla natura dell'indennizzo contemplato dal codice civile, rispetto al quale si rende necessario operare una distinzione: da un lato la facoltà di recesso potrebbe risultare pattuita ai sensi dell'art. 1373 c.c., dall'altro il diritto di recesso è riconosciuto dall'art. 1671 c.c.

Nel primo caso si presuppone la sussistenza di un patto espresso che attribuisca al committente la facoltà di recedere dal contratto prima che questo abbia avuto un principio di esecuzione, nonché l'avvenuto esercizio del recesso entro tale limite temporale, ed ha per oggetto la prestazione, in corrispettivo dello "ius poenitendi", di una somma ("multa poenitentialis") integrante un debito di valuta e non di valore.

Nel secondo caso, invece, si presuppone l'esercizio, in un qualsiasi momento posteriore alla conclusione del contratto, e quindi anche ad iniziata esecuzione del medesimo, di una facoltà di recesso che al committente è attribuita direttamente dalla legge ed ha per oggetto un obbligo indennitario.

Dalla traccia non emerge che, seppur le parti fossero addivenute alla conclusione del contratto di appalto, al contempo non avessero predisposto un articolato negoziale, ragion per cui la fattispecie appare inquadrabile nella seconda ipotesi sopra illustrata, relativa

all'insorgere dell'obbligazione indennitaria, a carico del committente, che consegue all'esercizio del recesso configurato legalmente all'articolo 1671 c.c.

Le voci che compongono l'indennità. Ciò posto, scartata la fattispecie della "multa poenitentialis" e accantonata la voce indennitaria dei "lavori eseguiti", si rende necessario esaminare, in senso operativo, l'indennità a cui Sempronio sembrerebbe andare incontro, e che a parere di scrive è circoscritta al solo "mancato guadagno", a meno che Caio non comprovi un dispendio preliminare all'inizio dei lavori, peraltro mai avvenuto.

La ripartizione dell'onere della prova. In base ai principi sull'onere della prova (articolo 2697 c.c.) chi vuol far valere un diritto in giudizio, e quindi l'appaltatore rispetto alla richiesta indennitaria, deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento, identificabili con le (eventuali) spese sostenute ed il mancato guadagno. Al contempo, Sempronio, quale committente receduto, dovrà eccepire l'inefficacia di tali fatti ovvero eccepire che il diritto all'indennità si è modificato o estinto, provando i fatti su cui l'eccezione si fonda.

La prova del "mancato guadagno". Più in dettaglio, in ipotesi di recesso unilaterale del committente dal contratto d'appalto, ex art. 1671 c.c. grava sull'appaltatore, che chiede di essere indennizzato del mancato guadagno, l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto dal medesimo conseguibile con l'esecuzione delle opere appaltate, costituito dalla differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto, pari ad € 35.000, e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere, ma salva la facoltà, per il committente Sempronio, di provare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito all'appaltatore di realizzare guadagni sostitutivi ovvero gli ha procurato vantaggi diversi (si vedano: Cassazione, sezione II civile, sentenza 7 febbraio - 8 marzo 2017, n. 5879; Cassazione civile, sezione VI, ordinanza 11 maggio - 6 giugno 2012, n. 912; Cassazione, Sezione II Civile, Sentenza 5 aprile 2017, n. 8853).

Il recesso opera indipendentemente dall'eventuale inadempimento. A ciò si aggiunga che in caso di esercizio del recesso, ad opera del committente, il contratto si scioglie ad

iniziativa unilaterale senza necessità di indagini sull'importanza e gravità dell'inadempimento (Corte di Cassazione, Sezione II Civile, Sentenza 27 gennaio 2017, n. 2130). Per l'effetto l'indennizzo contemplato dall'art. 1671 c.c. prescinde da tali indagini e risulta strettamente ancorato alle voci elencate dalla norma medesima.

Le conclusioni del legale di Sempronio. Da quanto esposto consegue che in nessun caso Sempronio potrebbe essere condannato a versare l'indennità quantificata da Caio, e pari all'importo del corrispettivo appaltato.

Più specificamente l'appaltatore Caio ha l'onere di dimostrare quale sarebbe stato l'utile netto da lui conseguibile con l'esecuzione della ristrutturazione appaltata e, come sopra illustrato, identificato dalla giurisprudenza nella differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto (€ 35.000) e le spese che si sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere.

Sempronio tuttavia, nel frattempo, potrà essere in condizione di procurarsi le prove al fine di dimostrare che l'interruzione dell'appalto non ha impedito a Caio di realizzare guadagni sostitutivi (come ad esempio, la conclusione e la conseguente realizzazioni di ulteriori lavorazioni in appalto o in subappalto) o gli ha procurato vantaggi diversi (come ad esempio, impiegando le risorse umane e materiali resesi a disposizione in conseguenza del recesso di Sempronio, in un redditizio investimento).

(soluzione di Laura Biarella fonte:  
<https://www.altalex.com/documents/news/2019/12/10/esame-avvocato-2019-traccia-2-parere-civile-soluzione-proposta>)

# Soluzioni Secondo Traccia

L'imprenditore edile Caio, venuto a conoscenza che l'amico Sempronio ha intenzione di ristrutturare l'appartamento in cui abita, si dichiara disponibile a eseguire personalmente i lavori all'uopo necessari e predisporre un preventivo per il complessivo importo di 45000 euro.

Sempronio, ricevuto *breve manu* preventivo, vi appone a penna alcune modifiche, indicando il corrispettivo di 35000 euro e precisando che i lavori avrebbero dovuto iniziare entro il 15 novembre 2019 e avrebbero dovuto concludersi entro il 31 gennaio 2020. Lo stesso Sempronio riconsegna poi a Caio il documento così modificato.

Dopo alcuni giorni, in data 10 ottobre 2019, Caio invia a Sempronio una email regolarmente ricevuta dal destinatario con la quale dichiara di accettare le nuove condizioni e si rende disponibile a iniziare i lavori già dal 18 ottobre.

Con successiva email del 15 ottobre 2019, Sempronio comunica però di voler annullare la propria commissione e invita Caio a non dare avvio alle opere.

Qualche tempo dopo, però, Sempronio riceve una lettera da parte di Caio nella quale questi, lamentando l'inadempimento agli obblighi contrattuali, chiede la corresponsione della somma di euro 35.000 a titolo di ristoro del danno conseguente alla mancata esecuzione del contratto.

Sempronio si rivolge dunque a un legale per conoscere quale posizione assumere nei confronti dell'altrui pretesa creditoria.

Il candidato, assunte le vesti del legale di Sempronio, rediga un parere motivato, illustrando le questioni sottese al caso in esame e indicando la linea difensiva più utile a tutelare la posizione del proprio assistito.

La traccia in questione impone l'analisi di tre distinte questioni: 1) stabilire il momento di conclusione del contratto tra Caio e Sempronio; 2) definire la legittimità o meno del recesso esercitato da Sempronio; 3) quantificare l'eventuale somma dovuta da Sempronio a Caio e definire il riparto dell'onere probatorio.

Procedendo nell'ordine logico individuato, con riferimento alla questione sub 1) si evidenzia anzitutto che, ai sensi dell'art. 1326 c.c., il contratto si intende concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione della controparte.

Tuttavia, l'art. 1335 c.c. stabilisce che proposta, accettazione e revoca delle stesse *si reputano conosciute* nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, salvo che quest'ultimo non provi di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne conoscenza.

Tale articolo introduce, pertanto, al fine di mitigare l'eccessiva rigidità del 1326 c.c., una vera e propria "presunzione di conoscenza", valida per qualsiasi dichiarazione recettizia, ed opta dunque per il principio della c.d. "conoscibilità" della dichiarazione in luogo dell'effettiva conoscenza.

L'art. 1326, ult. co. c.c. stabilisce, poi, che “un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta”, ponendo in luce la necessità che le due manifestazioni di volontà (quella del proponente e quella dell'oblato) coincidano.

Applicando i principi in esame alla traccia emerge come Sempronio, dopo aver ricevuto il preventivo pari ad € 45.000 dall'amico Caio, provvedeva ad apporre delle modifiche allo stesso, che interessavano, tra le altre cose, il prezzo finale dell'opera.

Tale circostanza si sostanziava, in effetti, in una vera e propria “nuova proposta” ai sensi dell'art. 1326, ult. co, che Sempronio indirizzava all'amico Caio.

In data 10.10.2019, quest'ultimo inviava una mail al primo con la quale affermava espressamente di accettare le modifiche apportate dall'amico e, in questa sede, si concludeva quindi il contratto tra i due soggetti.

Quanto alle modalità con la quale l'accettazione veniva inviata – “tramite email” – si sottolinea come la giurisprudenza sia concorde nel ritenere che sia sufficiente che il recapito in questione rientri nel dominio del destinatario (Cass. civile n. 2600/1982), non richiedendo alcun requisito ulteriore. Non vi sono dubbi che l'indirizzo elettronico in questione integri tutti i requisiti normalmente considerati idonei dagli interpreti al fine di far scattare la predetta presunzione relativa.

Invece, la generica affermazione di Caio per la quale questo “si rende disponibile a iniziare i lavori già dal 18 ottobre” non può ritenersi una nuova proposta. Tuttavia, qualora si ritenesse tale, dovrebbe concludersi che il contratto non si sarebbe mai perfezionato.

Quanto alla questione sub 2), è necessario fare riferimento all'art. 1671 c.c., il quale – in tema di appalto – prevede una facoltà di recesso *ad nutum* in capo al committente, anche nel caso l'opera si già stata iniziata.

Tale norma, come correttamente osservato dalla giurisprudenza, data l'ampiezza della sua formulazione, conferisce al committente il diritto di porre fine al rapporto "per qualsiasi ragione"; non è infatti configurabile un diritto dell'appaltatore a proseguire nell'esecuzione dell'opera, avendo egli diritto solo all'indennizzo previsto dalla detta norma e comunque rispondendo il compimento dell'opera esclusivamente all'interesse del committente (così Cass. civ. 11642/2003).

Resta, dunque da risolvere la questione sub 3) e quantificare per l'effetto la somma eventualmente dovuta da Sempronio a Caio.

In questo senso, si osserva come il menzionato articolo 1671 c.c. preveda espressamente che – a fronte dell'esercizio del legittimo diritto di recesso ivi prescritto – l'appaltatore avrà diritto alle spese sostenute, ai lavori eseguiti e al mancato guadagno.

Pertanto, appare evidente come la richiesta di Caio, pari all'intero prezzo pattuito, non possa considerarsi legittima.

Al contrario, la giurisprudenza sostiene che il giudice debba determinare a tal fine "l'utile netto conseguibile fino al giorno in cui il rapporto avrebbe dovuto avere normale svolgimento, con la esecuzione delle opere appaltate". Tale utile deve calcolarsi attraverso la definizione della "*differenza tra il pattuito prezzo globale dell'appalto e le spese che si*

*sarebbero rese necessarie per la realizzazione delle opere stesse, previa determinazione della quota di spese generali, dei costi di ammortamento etc...” (Così Cass. civ., n. 16404/2017).*

Infine, quanto al riparto dell'onere, si osserva come la prova dell'ammontare dell'utile netto gravi sull'appaltatore (Caio), che richiede di essere indennizzato del mancato guadagno (Così Cass. civ. n. 8853/2017).

In conclusione, dunque, nonostante si ritenga concluso il contratto al momento della ricezione della mail di Caio da parte di Sempronio (in applicazione del principio di “conoscibilità” sopra menzionato), il recesso di quest'ultimo deve ritenersi legittimo, in quanto tale facoltà è espressamente prevista ai sensi dell'art. 1671 c.c..

Per l'effetto, la richiesta di Caio deve ritenersi eccessiva nel suo ammontare in quanto, come stabilito dalla stessa norma egli non avrebbe diritto all'intero interesse positivo (ai sensi degli artt. 1218 c.c. e seguenti) ma di un mero indennizzo, da quantificarsi nei termini di cui sopra.

Qualora, al contrario, si ritenesse il predetto contratto non concluso – ritenendo che quella di Caio un'ulteriore “nuova proposta” – potrebbe configurarsi una responsabilità di natura precontrattuale, ai sensi dell'art. 1337 c.c.. In tal caso dovrebbe ritenersi risarcibile, quindi, il solo interesse negativo.

(La soluzione è stata proposta da <https://www.scuoladilegge.it/soluzioni-tracce-esame-avvocato-2019-parere-civile-2/>)