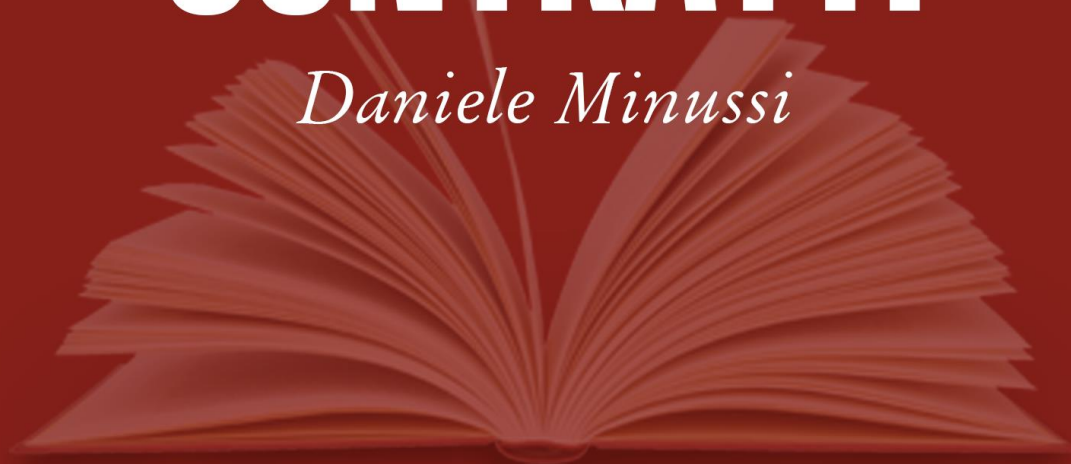


collana **WikiJus**

# I SINGOLI CONTRATTI

*Daniele Minussi*



**MINT**   
PUBLISHING

Daniele Minussi

# I SINGOLI CONTRATTI



## AUTORE

Già magistrato ordinario dal 1987, dal 1992 Daniele Minussi svolge l'attività di notaio presso il Distretto di Como e di Lecco. Già docente a contratto presso il Politecnico di Milano per la cattedra di "Diritto dell'informatica e dell'informazione", Docente di diritto civile dal 1994 presso il servizio di Formazione permanente dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano. Autore di numerose pubblicazioni giuridiche, ideatore e autore di WikiJus, oltre 10.000 pagine di diritto civile, costantemente aggiornate da un gruppo di Professionisti e da un Comitato scientifico.



<http://www.mintpublishing.it/>

Edizione digitale: Novembre 2017

ISBN: 978-88-89072-14-1

Milano, novembre 2017

Questo ebook contiene materiale protetto da copyright e non può essere copiato, riprodotto, trasferito, distribuito, noleggiato, licenziato o trasmesso in pubblico o utilizzato in alcun altro modo ad eccezione di quanto è stato specificatamente autorizzato dall'editore, ai termini e alle condizioni alle quali è stato acquistato o da quanto esplicitamente previsto dalla legge applicabile. Qualsiasi distribuzione o fruizione non autorizzata di questo testo così come l'alterazione delle informazioni elettroniche sul regime dei diritti costituisce una violazione dei diritti dell'editore e dell'autore e sarà sanzionata civilmente e penalmente secondo quanto previsto dalla Legge 633/1941 e successive modifiche. Questo ebook non potrà in alcun modo essere oggetto di scambio, commercio, prestito, rivendita, acquisto rateale o altrimenti diffuso senza il preventivo consenso scritto dell'editore. In caso di consenso, tale ebook non potrà avere alcuna forma diversa da quella in cui l'opera è stata pubblicata e le condizioni incluse alla presente dovranno essere imposte anche al fruitore successivo.

## **I SINGOLI CONTRATTI SOMMARIO**

### **CAPITOLO 1 - CONTRATTO ESTIMATORIO**

1. Introduzione
2. Natura giuridica
3. L'accordo delle parti e la consegna della cosa (contratto estimatorio)
4. Disciplina giuridica: le obbligazioni delle parti
5. Figure affini al contratto estimatorio

### **CAPITOLO 2 - CONTRATTO DI AGENZIA**

1. Introduzione
2. Nozione e caratteri del contratto di agenzia
3. Autonomia dell'agente di commercio
4. Disciplina del contratto di agenzia
5. Agenti di assicurazione, mediatori assicurativi, brokers
6. Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi

### **CAPITOLO 3 - SOMMINISTRAZIONE**

1. Introduzione
2. Natura giuridica della somministrazione
3. L'accordo delle parti
4. Disciplina giuridica
5. Figure affini al contratto di somministrazione

### **CAPITOLO 4 - MEDIAZIONE**

1. Introduzione
2. La nozione di affare (mediazione)
3. Agenzie matrimoniali
4. Disciplina della mediazione
5. La mediazione come procedimento di risoluzione delle controversie

### **CAPITOLO 5 - MANDATO**

1. Introduzione
2. Natura giuridica del mandato
3. Specie di mandato
4. Oggetto del mandato
5. Mandato con rappresentanza
6. Il mandato senza rappresentanza
7. Disciplina del mandato
8. Differenza tra contratto di mandato e figure affini

### **CAPITOLO 6 - SPEDIZIONE**

1. Introduzione
2. Disciplina del contratto di spedizione
3. Lo spedizioniere-vettore

### **CAPITOLO 7 - COMMISSIONE**

1. Introduzione
2. Posizione giuridica del committente rispetto al terzo contraente

### **CAPITOLO 8 - COMODATO**

1. Introduzione
2. Natura giuridica del comodato
3. Realtà del comodato
4. La gratuità del comodato
5. La forma del comodato
6. Oggetto del comodato
7. Apponibilità al comodato di elementi accidentali
8. Disciplina giuridica del comodato

## **CAPITOLO 9 - MUTUO**

1. Introduzione
2. Natura giuridica del mutuo
3. Realtà del mutuo
4. Elementi essenziali nel contratto di mutuo
5. Apponibilità al mutuo di elementi accidentali
6. Disciplina del mutuo

## **CAPITOLO 10 - RENDITA**

1. Introduzione
2. Oggetto e contenuto del contratto di rendita perpetua
3. Nozione e causa della rendita vitalizia

## **CAPITOLO 11 - GIOCO/SCOMMESSA**

1. Introduzione
2. Nozione di gioco e di scommessa: relazione tra i due concetti
3. Requisiti formali nel gioco e scommessa
4. Classificazione dei giochi e delle scommesse, l'elemento causale
5. Giochi e scommesse organizzati
6. Giochi e scommesse non proibiti e parzialmente tutelati
7. Giochi e scommesse proibite

## **CAPITOLO 12 - FIDEJUSSIONE**

1. Introduzione
2. L'altruità dell'obbligazione garantita
3. L'aspetto soggettivo, le parti della fidejussione
4. Fonti della fidejussione  
fidejussoria
5. Modalità di perfezionamento della fidejussione
6. Oggetto della fidejussione, singolare coincidenza con l'elemento causale
7. Varie specie di fidejussione
8. Caratteri dell'obbligazione fidejussoria
9. La forma della fideiussione

## **CAPITOLO 13 - MANDATO DI CREDITO**

1. Introduzione
2. Struttura del mandato di credito
3. Forma e perfezionamento dell'accordo
4. Revoca del mandato di credito
5. Sopravvenuta insolvenza del mandante o del terzo
6. Istituti affini al mandato di credito

## **CAPITOLO 14 - ANTICRESI**

1. Introduzione

2. Natura giuridica dell'anticresi
3. Anticresi: diritto personale di godimento o diritto reale
4. Oggetto dell'anticresi
5. Disciplina dell'anticresi
6. Figure affini all'anticresi

## **CAPITOLO 15 - TRANSAZIONE**

1. Introduzione
2. Natura giuridica della transazione
3. Le parti della transazione
4. Forma della transazione
5. La causa della transazione
6. Oggetto (o causa) della transazione
7. Elementi accidentali della transazione
8. Impugnative della transazione
9. Transazione generale e transazione speciale
10. Transazione nelle obbligazioni solidali
11. Transazione semplice e transazione novativa
12. Divisione transattiva e transazione divisoria
13. Fattispecie affini alla transazione
14. Negoziazione assistita

## **CAPITOLO 16 - CESSIONE DEI BENI AI CREDITORI**

1. Introduzione
2. Le parti nella cessione dei beni ai creditori
3. Caratteri del contratto di cessione dei beni ai creditori
4. Oggetto della cessione dei beni ai creditori
5. La condotta dei creditori
6. Le impugnative
7. Estinzione del contratto
8. Fattispecie affini alla cessio bonorum

## **CAPITOLO 17 - PERMUTA**

1. Introduzione
2. L'accordo delle parti
3. Disciplina giuridica della permuta

## **CAPITOLO 18 - CONTRATTO AUTONOMO DI GARANZIA**

1. Introduzione
2. Contratto autonomo di garanzia: aspetti strutturali
3. Contratto autonomo di garanzia: elementi essenziali, l'accordo delle parti
4. Contratto autonomo di garanzia: autonomia della prestazione di garanzia

## **CAPITOLO 19 - LEASING**

1. Introduzione
2. Elementi essenziali del contratto di leasing
3. Il leasing: diverse tipologie
4. Leasing finanziario: struttura e disciplina

## **CAPITOLO 20 - FACTORING**

1. Introduzione
2. Funzione del factoring
3. Natura giuridica del factoring
4. Il c.d. factoring indiretto

5. Disciplina del factoring: l'avvento della legge 21/02/1991 n. 52

## **CAPITOLO 21 - AFFILIAZIONE COMMERCIALE (FRANCHISING)**

1. Introduzione
2. Oggetto del contratto di affiliazione commerciale
3. Forma del contratto di affiliazione commerciale
4. Disciplina del contratto di affiliazione commerciale

## CAPITOLO 1 - CONTRATTO ESTIMATORIO

**Sommario:** 1. Introduzione 2. Natura giuridica 3. L'accordo delle parti e la consegna della cosa (contratto estimatorio) 4. Disciplina giuridica: le obbligazioni delle parti 5. Figure affini al contratto estimatorio

### 1. Introduzione

Il contratto estimatorio consiste nella stipulazione in forza della quale una parte (il c.d. *tradens*) consegna all'altra una o più cose mobili e questa (il c.d. *accipiens*) si obbliga a corrisponderne il prezzo, avendo parallelamente la facoltà eventuale di restituire le dette cose entro il termine stabilito (art. 1556 cod. civ.)<sup>1</sup>.

Si tratta di una figura negoziale di ampia applicazione pratica: si pensi alla vendita dei quotidiani e degli altri periodici nelle edicole, al commercio dei venditori di cose usate (libri, mobili, vestiti), affidategli da coloro che ne fanno consegna con l'intesa che il prezzo verrà corrisposto solo se verranno rivendute entro un certo periodo di tempo, all'esito del quale, nel caso contrario, esse verranno restituite al proprietario. Per lo più il contratto estimatorio viene concluso tra imprenditori (il grossista o il distributore e il dettagliante): l'*accipiens* non può o non vuole sopportare il rischio economico connesso all'invenduto ed il *tradens* per lo più riesce ad ottimizzare con il sistema dei resi la distribuzione della merce<sup>2</sup>.

Il contratto estimatorio viene disciplinato succintamente da poche norme (artt. 1556, 1557, 1558 cod. civ.). Ciò non toglie che le parti possano diversamente configurarne gli aspetti afferenti alla fissazione del termine per la restituzione, alle modalità di perfezionamento, etc., facendo uso dell'autonomia negoziale riconosciuta loro dall'ordinamento (art. 1322 cod. civ.).

### 2. Natura giuridica

Il contratto estimatorio, stante il tenore letterale dell'art. 1556 cod. civ. viene qualificato come **contratto reale**. La norma infatti è qualificata da una formulazione analoga a quella adoperata dal legislatore per altre negoziazioni dall'indubbia realtà (cfr. gli artt. 1766, 1803, 1813, 2786 cod. civ.). Il perfezionamento del vincolo abbisogna dunque del consenso delle parti nonché della consegna delle cose mobili che costituiscono l'oggetto del contratto all'*accipiens*<sup>3</sup>. L'eventuale configurazione di un doppio meramento consensuale del contratto estimatorio è per lo più ritenuta ammissibile. In tal caso potrebbe bastare l'assunzione dell'obbligo di una delle parti a consegnare all'altra entro un certo termine determinate cose, mentre l'altra parte si obbligherebbe a pagarne il prezzo, riservandosi la facoltà di restituirle<sup>4</sup>.

Circa la ritenuta **unilateralità** del contratto estimatorio è appena il caso di osservare come questa qualificazione, propria di tutti i contratti reali, abbia quale termine di riferimento unicamente la sussistenza in capo ad una parte di obbligazioni in senso tecnico, prescindendo dalla natura pur sempre di contratto a prestazioni corrispettive che è propria della negoziazione. La consegna delle cose mobili evidenzia infatti la sussistenza della sola obbligazione dell'*accipiens* in ordine al pagamento del prezzo o alla restituzione delle cose consegnate<sup>5</sup>.

Peraltro occorre sottolineare che l'unica obbligazione facente capo all'*accipiens* è quella del pagamento del prezzo: l'eventuale restituzione delle cose consegnate è soltanto prevista in *facultate solutionis*. **Viene in esame a questo proposito un'obbligazione facoltativa** (o con facoltà alternativa, non già un'obbligazione alternativa).

**Secondo un'opinione il contratto estimatorio darebbe vita ad un'investitura fiduciaria**<sup>6</sup>. Questa costruzione, che nasce dall'esigenza di giustificare il fondamento dei poteri riconosciuti dalla legge all'*accipiens*, non può essere accolta. Essa importerebbe, tra l'altro, la natura di contratto caratterizzato dall'*intuitus personae* dell'estimatorio. In effetti il *tradens* non tanto si fida delle qualità personali dell'*accipiens*, quanto sulla solidità patrimoniale di costui, al quale vengono affidate merci per la vendita.

### 3. L'accordo delle parti e la consegna della cosa (contratto estimatorio)

Secondo l'opinione del tutto prevalente, il modo di disporre dell'art. 1556 cod. civ., ai sensi del quale "con il contratto estimatorio una parte consegna una o più cose mobili all'altra..." vale ad introdurre **un tipo di contratto qualificato dalla realtà**.

Non è sufficiente che si sia formato il consenso delle parti circa gli elementi essenziali del contratto: occorre



che il *tradens* abbia fatto consegna di quanto dedotto nel contratto all'*accipiens*. La consegna non sostanzia dunque un'obbligazione posta a carico di una delle parti del contratto (come è possibile che accada in tema di compravendita), venendo piuttosto a scandire un momento del perfezionamento del congegno negoziale <sup>7</sup>.

Non pare sufficiente ad integrare il requisito della *traditio*, la consegna effettuata al vettore ex secondo comma art. 1510 cod. civ., dettato in tema di vendita di cose mobili, ai sensi del quale tale condotta costituisce adempimento dell'obbligazione di consegna che grava sul venditore. Nel caso in considerazione la consegna svolge infatti il diverso ruolo di elemento perfezionativo del contratto. È tuttavia salva la possibilità che il vettore rivesta la parallela qualità di mandatario o di rappresentante dell'*accipiens*. In questa ipotesi è evidente che, a tutti gli effetti, è come se le cose fossero state consegnate nelle mani dell'*accipiens* <sup>8</sup>.

Cosa riferire delle ipotesi di **consegna simbolica** (*traditio ficta*: es. la consegna delle chiavi)?

Il caso è controverso. Un conto è parlare di costituito possessorio e di *traditio brevi manu*, forme dove la fittizietà della consegna non ne fa venir meno la materiale immediata disponibilità da parte del soggetto (es.: Primo vende le cose a Secondo, conservandone il possesso in qualità di *accipiens*). Altra cosa è ipotizzare forme di consegna simboliche, quali appunto la riferita consegna delle chiavi del locale ove si trovano le cose. Effettivamente in questa ipotesi non si verifica quella materiale apprensione che sembra essere il presupposto del perfezionamento della figura negoziale in considerazione <sup>9</sup>.

### 3.1 La causa nel contratto estimatorio

Il contratto estimatorio è stato tipizzato dal legislatore del 1942: l'art. 1556 cod. civ. prevede che, in esito alla stipulazione del medesimo, **una parte (il *tradens*) faccia consegna di una o più cose mobili all'altra (l'*accipiens*) e questa si obblighi a pagarne il prezzo, salvo che restituisca le cose nel termine stabilito**.

Il caso più diffuso e conosciuto è quello dell'accordo tra editore o distributore e libraio o giornalaio. Il primo fa consegna al secondo di un certo quantitativo di libri, di riviste, di quotidiani. Il secondo provvederà a pagare al termine del periodo stabilito (per il giornale ciò avviene il giorno dopo) il prezzo di quanto venduto, provvedendo a restituire l'invenduto.

La funzione di scambio è evidente <sup>10</sup>: il contratto estimatorio prelude ad una vendita poiché intende agevolare il trasferimento della proprietà della cosa contro il pagamento del prezzo.

L'effetto traslativo non si realizza tuttavia immediatamente <sup>11</sup>, nel momento della conclusione del contratto, bensì successivamente, vale a dire quando le cose che ne sono oggetto vengono alienate a terzi ovvero non vengono restituite nel termine. Si pensi alla consegna fatta all'ediculante delle copie dei quotidiani. Stante il margine di sconto sul prezzo, a costui non rimarrebbe probabilmente alcun guadagno qualora dovesse accollarsi il rischio delle copie invendute. D'altronde, trascorso quel giorno, il quotidiano non è più vendibile. È per questo motivo che, nella giornata successiva viene conteggiato il reso. L'obbligazione dell'*accipiens* è quella di pagare il prezzo. Egli tuttavia si può liberare restituendo in tutto o in parte quanto consegnatogli: si tratta di una tipica **obbligazione con facoltà alternativa**.

Coglie l'aspetto saliente del congegno causale del contratto estimatorio chi ha distinto tra la **funzione strumentale** che esso è idoneo a svolgere (cioè l'attribuzione della disponibilità delle cose all'*accipiens* in vista della vendita delle stesse) e la **funzione finale** (vale a dire l'eventuale scambio di cosa contro il prezzo che interviene quando l'*accipiens* vende le cose) <sup>12</sup>.

La causa del contratto estimatorio può pertanto essere sintetizzata in questa assolutamente peculiare **attribuzione della disponibilità delle cose che ha come scopo l'alienazione delle stesse verso corrispettivo**. Come è stato acutamente osservato <sup>13</sup> ciò non è sufficiente per concludere nel senso dell'onerosità dell'elemento causale. Qualora l'*accipiens* si limitasse a riconsegnare tutte le cose ricevute senza averle vendute il *tradens* non ricaverebbe lucro alcuno dall'operazione. L'onerosità pare infatti contraddistinguere unicamente la funzione finale, connessa alla vendita delle cose effettuata dall'*accipiens*.

### 3.2 L'oggetto del contratto estimatorio

Ai sensi dell'art. 1556 cod. civ. l'oggetto (immediato) del contratto estimatorio è costituito unicamente **dall'attribuzione traslativa consistente nel trasferimento della proprietà delle cose che ne costituiscono l'oggetto (mediato) nonché della correlativa obbligazione consistente nel pagamento del corrispettivo** (in relazione alla quale si configura la facoltà alternativa della restituzione delle cose stesse).

Per quanto riguarda l'oggetto mediato la legge parla di cose mobili: nell'ambito delle stesse non si possono escludere anche mobili iscritti in pubblici registri <sup>14</sup>. Deve, al contrario, essere esclusa la possibilità di contemplare beni immobili.

Cosa dire circa le cose generiche? I dubbi relativi alla deducibilità nell'ambito del contratto estimatorio sfumano se si considera che, una volta individuati allo scopo di permettere la consegna di essi all'*accipiens*, ben sarà possibile che costui ne faccia eventualmente restituzione nell'ipotesi di mancata vendita entro il termine stabilito <sup>15</sup>.

### 3.2.1 Il prezzo delle cose nel contratto estimatorio

In capo all'*accipiens* esiste **una sola obbligazione: quella di provvedere alla corresponsione del prezzo convenuto per le cose ricevute in consegna**. Come avremo modo di mettere a fuoco specificamente, **la restituzione** costituisce semplicemente il contenuto di **un'obbligazione facoltativa** (o con facoltà alternativa).

Il pagamento del prezzo risulta dovuto tanto nell'ipotesi ordinaria in cui l'*accipiens* abbia venduto a terzi le cose anteriormente alla scadenza del termine previsto, quanto nell'eventualità in cui, alla scadenza di detto termine, la merce sia rimasta invenduta ed egli non abbia provveduto ad effettuarne la restituzione.

Il prezzo delle cose, come ogni altro elemento del contratto, può essere determinato o determinabile, secondo la regola generale di cui all'art. 1346 cod. civ., ferma restando l'essenzialità della previsione di esso <sup>16</sup>. La determinazione concreta potrebbe essere anche affidata ad un terzo: cfr. l'art. 1349 cod. civ., di cui costituiscono specificazione gli artt. 1473, 1474 cod. civ., in forza dei quali è altresì possibile fare riferimento al prezzo usualmente praticato dal venditore o al corrispettivo ricavabile da listini e mercuriali <sup>17</sup>.

Circa il tempo ed il luogo del pagamento del prezzo è possibile osservare quanto segue. L'art. 1556 cod. civ. fa riferimento ad un "termine stabilito" soltanto in relazione alla restituzione delle cose consegnate all'*accipiens*, senza espressamente menzionare il termine per provvedere al pagamento delle stesse. È tuttavia evidente l'analoga essenzialità di tale scansione temporale. Essa sarà ordinariamente stabilita nel contratto; in difetto si potrà fare applicazione della regola di cui all'art. 1183 cod. civ. <sup>18</sup>. Quanto al **luogo del pagamento** sembra possibile riferirsi all'adempimento **presso il domicilio del creditore al tempo della scadenza** (art. 1182 cod. civ.) (cfr. Cass. Civ. Sez. III, 74/76). Ciò sempreché dagli usi non risulti un luogo di adempimento diverso (Cass. Civ. Sez. III, 3985/78). La peculiare struttura e funzionalità del contratto estimatorio rende impraticabile il riferimento all'art. 1498 cod. civ., dettato in tema di compravendita <sup>19</sup>.

### 3.3 Forma del contratto estimatorio

La legge non prevede per il contratto estimatorio alcuna prescrizione formale: ne segue la possibilità di una valida stipulazione di esso anche oralmente ovvero per *facta concludentia*.

Esiste comunque la possibilità che la natura dell'oggetto del contratto venga indirettamente ad influenzarne il regime formale. Si pensi ai beni mobili iscritti in pubblici registri. La forma scritta non è indispensabile ai fini della validità o dell'efficacia del contratto, bensì allo scopo di permetterne la trascrizione nei pubblici registri (e, mediatamente, l'opponibilità ai terzi: si vedano gli artt. 2644, 2659 e 2683 cod. civ.).

## 4. Disciplina giuridica: le obbligazioni delle parti

Il codice civile ha disciplinato il contratto estimatorio soltanto per il tramite di tre norme (artt. 1556, 1557, 1558 cod. civ.). Nel corso della disamina che segue assumeremo in considerazione **la natura facoltativa dell'obbligazione di restituire in natura le cose già consegnategli che incombe sull'*accipiens*, il momento del trasferimento della proprietà di dette cose e la natura giuridica della posizione dell'*accipiens* e del *tradens* rispetto alle medesime**. Infine si farà il punto sulla **tutela giuridica delle parti e dei terzi**, con speciale riferimento ai creditori delle parti.

Alcune regole possono inoltre essere ricavate interpretativamente dalla natura giuridica attribuita alla figura. Ad esempio, stante la realtà del congegno negoziale, non si può dire che il *tradens* sia gravato da obbligazioni in senso tecnico. La consegna delle cose fatta all'*accipiens* viene ad integrare il perfezionamento stesso del contratto, non residuando in capo al *tradens* alcun ulteriore comportamento doveroso <sup>20</sup>.

L'obbligazione dell'*accipiens* è invece una soltanto, vale a dire il pagamento del prezzo corrispondente alle cose consegnategli; la restituzione è dedotta come prestazione di un'obbligazione semplicemente facoltativa. Non si pongono ulteriori obbligazioni a carico dell'*accipiens*. In particolare non sussiste un'obbligazione di custodire, dal momento che, come vedremo più specificamente, il rischio per il perimento o il deterioramento delle cose grava sull'*accipiens*, pur non essendo proprietario di esse.

Quando l'*accipiens* fosse tenuto a porre in essere determinati accorgimenti funzionali alla commercializzazione delle cose consegnategli (promuovere la vendita mediante messaggi pubblicitari, esporre le merci in una determinata posizione favorevole, etc.) verrebbero in esame obbligazioni scaturenti da speciali clausole o contrattazioni atipiche. Allo schema del contratto estimatorio sono infatti estranei obblighi in capo all'*accipiens* di procurare la vendita o di altrimenti attivarsi per organizzare la commercializzazione dei prodotti <sup>21</sup>.

#### 4.1 La facoltà di restituzione nel contratto estimatorio

Nell'ambito del contratto estimatorio, la prestazione dell'*accipiens* consiste unicamente nel pagamento del prezzo. Egli ha tuttavia la facoltà di liberarsi dal vincolo mediante la restituzione delle cose consegnategli, purché ciò avvenga entro il termine stabilito (art. 1556 cod. civ.). Si tratta, con tutta evidenza, di una tipica **obbligazione con facoltà alternativa** <sup>22</sup>.

In merito all'esercizio di tale facoltà, attribuita all'*accipiens* dalla legge, il *tradens*, il quale ovviamente ha il solo interesse pratico a vendere le cose consegnate, si trova in una posizione di mera soggezione.

Varie questioni si pongono in relazione alla concreta esecuzione dell'obbligazione dedotta facoltativamente.

Quanto alla **localizzazione della restituzione**, appare preferibile l'opinione che individua il luogo in quello in cui sarebbe stato corrisposto il prezzo (che non sempre corrisponde al domicilio del creditore: Cass. Civ. Sez. III, 74/76; Cass. Civ. Sez. III, 3985/78) <sup>23</sup>. La restituzione delle cose rappresenta infatti la mera sostituzione della prestazione dedotta nel contratto. Va in particolare respinta la tesi secondo la quale le cose dovrebbero essere restituite nel luogo ove avviene la custodia (art. 1774 cod. civ.) in quanto un obbligo di custodia non incombe all'*accipiens*, unicamente tenuto a pagare il prezzo. Qualora inoltre vi siano spese afferenti alla restituzione, esse non potranno se non gravare sull'*accipiens* che ha esercitato la facoltà di scelta che gli compete. D'altronde il *tradens* ha unicamente interesse a percepire il prezzo, costituendo la restituzione della merce un'eventualità che non ne realizza sicuramente le aspettative <sup>24</sup>.

#### **Che cosa dire dell'ipotesi in cui l'*accipiens* non pagasse il prezzo né restituisse le cose nel termine stabilito?**

In particolare ci si domanda se nella fattispecie possa configurarsi il reato di **appropriazione indebita** (art. 646 cod. pen.).

Appare preferibile la risposta negativa, anche se la giurisprudenza si è pronunziata talvolta in senso affermativo. La questione sarà esaminata specificamente.

Quanto all'**impossibilità di effettuare la restituzione delle cose consegnate** l'art. 1557 cod. civ. introduce un'eccezione al principio generale secondo il quale *res perit domino* (art. 1465 cod. civ.). Ai sensi della norma citata l'*accipiens* non viene infatti liberato dall'obbligo di pagare il prezzo, anche se la restituzione delle cose nella loro integrità è divenuta impossibile per causa a lui non imputabile <sup>25</sup>. Se l'impossibilità della restituzione è parziale (un'inondazione ha reso inservibili una parte dei medicinali consegnati ad un farmacista), si reputa che l'*accipiens* non sia tenuto a versare integralmente il corrispettivo, ben potendo restituire le cose integre pagando il prezzo soltanto di quelle che sono andate perdute <sup>26</sup>.

Si disputa se, nel caso in esame, una volta divenuta impossibile la restituzione, l'*accipiens* sia tenuto immediatamente a pagare il prezzo ovvero abbia la possibilità di attendere la scadenza del termine. Appare preferibile quest'ultima soluzione in quanto costituisce la lineare applicazione delle pattuizioni contrattuali <sup>27</sup>.

## 4.2 Contratto estimatorio e appropriazione indebita

Si pensi al caso dell'*accipiens* che entro il termine stabilito dal contratto non provvedesse a pagare il prezzo delle cose consegnategli né le restituisse.

Può configurarsi a tal proposito il reato di **appropriazione indebita** (art. 646 cod. pen.)<sup>28?</sup>

**Appare preferibile la risposta negativa. Se l'*accipiens* non restituisce le cose entro il termine egli diventa infatti proprietario di esse e, correlativamente, debitore del prezzo.** Il mancato pagamento integra sicuramente inadempimento contrattuale, senza tuttavia giungere alla gravità della sanzione penale connessa all'indebita appropriazione di cose appartenenti ad altri, di cui si abbia la disponibilità<sup>29</sup>. Si badi tuttavia che esistono precedenti giurisprudenziali di segno opposto (Cass. Pen. 6775/74).

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi rigoristica può essere rinvenuto considerando la situazione del **mandatario sfornito di poteri rappresentativi** (la cui straordinaria legittimazione può essere per alcuni versi assimilata a quella dell'*accipiens*, come si dirà specificamente in tema di analisi del momento traslativo della proprietà nel contratto estimatorio) che, invece di procedere all'acquisto delle cose per conto del mandante vi provvede in nome e per conto proprio utilizzando il denaro somministratogli per portare ad esecuzione l'incarico. In detta ipotesi è stato deciso che il mandatario risponda non solo di inadempimento contrattuale, bensì anche di illecito extracontrattuale connesso al reato de quo (Cass. Civ. Sez. III, 3468/91).

## 4.3 Momento traslativo della proprietà, legittimazione straordinaria dell'*accipiens*

Il problema di maggior rilievo posto dal contratto estimatorio ha a che fare con **la determinazione del tempo in cui ha luogo il trasferimento della proprietà delle cose consegnate**. Disputato è infatti se questo effetto si produca al momento della conclusione del contratto ovvero successivamente.

Secondo la **teoria del trasferimento immediato**, il contratto estimatorio funzionerebbe come **una compravendita qualificata dalla realtà e dall'attribuzione di un diritto di recesso**<sup>30</sup>. Non sarebbe pertanto sufficiente il raggiungimento del consenso allo scopo di segnare il trasferimento della proprietà del bene: occorrerebbe anche la materiale consegna del bene, ferma restando la possibilità per l'*accipiens* di far venir meno gli effetti del contratto semplicemente esercitando la facoltà di restituzione di quanto consegnato (Cass. Civ. Sez. II, 4000/91). Militano a favore di questa costruzione la considerazione del potere di disposizione di cui l'*accipiens* è titolare ai sensi del secondo comma dell'art. 1558 cod. civ. (ciò che renderebbe improponibile per il *tradens* l'azione di rivendicazione sui beni consegnati) nonché il fatto che il rischio per il perimento delle cose consegnate gravi sull'*accipiens* (art. 1557 cod. civ.).

L'opinione maggioritaria si esprime tuttavia a favore della **teoria del trasferimento differito**. Nel tempo del perfezionamento del contratto all'*accipiens* verrebbe attribuito in via eccezionale soltanto un **potere di disposizione sulle cose consegnate**, potere del tutto disgiunto dalla titolarità del diritto di proprietà, che rimarrebbe in capo al *tradens* fino al momento in cui l'*accipiens* non abbia alienato le cose ovvero abbia manifestato l'intento di trattenerle definitivamente, rimanendo debitore del relativo prezzo<sup>31</sup>. A riprova della fondatezza di questa impostazione viene citato il modo di disporre dell'art. 1558 cod. civ.. La norma non parla infatti di proprietà, bensì semplicemente del potere di disposizione dell'*accipiens*, affrettandosi a specificare che i creditori di quest'ultimo non hanno la possibilità (contrariamente a quanto dovrebbe essere se l'*accipiens* fosse proprietario) di sottoporre le cose a pignoramento ed a sequestro finché non ne sia pagato il prezzo<sup>32</sup>.

Invero la figura si presta ad ambiguità. Da un lato la situazione dell'*accipiens* è tale (possibilità di fare alienazione della cosa come se fosse propria, sopportazione del rischio relativo al perimento della cosa) da non poter essere facilmente giustificata se non in chiave di titolarità del diritto di proprietà. Dall'altro né i creditori dell'*accipiens* possono colpire le cose consegnate, né la legge ha espressamente scandito il meccanismo di trasferimento dei beni (come invece ha pure previsto in tema di contratti qualificati dalla consegna traslativa: cfr. per il mutuo l'art. 1814 cod. civ.).

A queste osservazioni si può ribattere osservando che con la consegna la proprietà del *tradens* non verrebbe meno. Essa, sicuramente limitata nei confronti dell'*accipiens*, non lo sarebbe con riferimento agli altri. Cosa dire dell'ipotesi in cui fossero sottratte, ad opera di un terzo, le cose già consegnate? In questa

ipotesi sarebbe ben possibile che il *tradens* esercitasse l'azione di rivendicazione. D'altronde anche il tenore letterale del secondo comma dell'art. 1558 cod. civ., dal quale si desume che, in esito alla restituzione, il *tradens* recupera la possibilità di disporre delle cose già consegnate, si colloca più agevolmente nel segno della permanenza del diritto di proprietà in capo al *tradens*. Diversamente occorrerebbe ipotizzare un ulteriore trasferimento del diritto dall'*accipiens* al *tradens* all'atto della riconsegna dei beni rimasti invenduti.

Come configurare in definitiva il potere di disposizione dell'*accipiens*?

Sono state a questo proposito sostenute diverse costruzioni. Secondo l'opinione prevalente si tratterebbe di **una situazione riconducibile al diritto reale minore, connotata da inerenza ed assolutezza** <sup>33</sup>. Si rileva, in particolare, che l'*accipiens* è in grado di esercitare un potere diretto sul bene, senza che si palesi necessaria la cooperazione del *tradens*. Per di più tale potere dell'*accipiens* esclude ogni concorrente potere su quanto oggetto della consegna, ciò che non è fatto venir meno neppure nell'ipotesi in cui il *tradens* abbia venduto a terzi la proprietà delle cose oggetto del contratto estimatorio. Non mancano diverse opinioni: v'è a questo proposito chi parla di **autorizzazione del *tradens* in base alla quale l'*accipiens* sarebbe legittimato a disporre di cose non di sua proprietà** <sup>34</sup> oppure chi fa riferimento ad una speciale ipotesi di fiducia <sup>35</sup>.

Tutte queste teoriche invero non appagano, sembrando orientate ad inquadrare forzatamente la fattispecie piuttosto che a spiegarne l'intima natura. Potrebbe a questo riguardo essere sufficiente osservare come **talvolta la legge consente eccezionalmente che un soggetto sia legittimato a porre in essere una specifica attività in nome proprio** (come se fosse proprietario del bene), ma in relazione a cose di proprietà altrui. **Ciò al di fuori dei casi di imputazione rappresentativa diretta o indiretta, per il solo fatto della speciale configurazione del rapporto.** Questa particolare situazione non si produce soltanto nel caso in esame, nel quale l'*accipiens* può alienare un bene di proprietà altrui, essendo riscontrabile anche in tema di contratto di commissione. In forza di quest'ultimo, che si configura come un mandato senza rappresentanza avente ad oggetto l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente e in nome del commissionario (art. 1731 cod. civ.), il commissionario conclude direttamente il contratto con il cliente nomine proprio, provvedendo a vendere (o comprare) beni che appartengono al committente. Il contratto estimatorio potrebbe essere analogamente considerato, anche perché la legge non contiene alcun riferimento al fatto che l'*accipiens* divenga proprietario del bene sempre e comunque, anche quando provveda all'alienazione delle cose. La dottrina comunemente trae questa conclusione, affermando che l'effetto traslativo si verificherebbe sempre a favore di costui. Prescindendo dal caso in cui al tempo previsto per la restituzione delle cose l'*accipiens* ne corrisponda il prezzo, trattenendo l'invenduto (diventando così a tutti gli effetti proprietario), occorre mettere a fuoco l'ipotesi in cui costui abbia piuttosto, come d'ordinario, provveduto a vendere a terzi le cose oggetto del contratto. È ben vero che in questo caso l'*accipiens* ha contrattato nomine proprio con soggetti che non hanno ordinariamente alcun rapporto con il *tradens*, ma non è indispensabile costruire la fattispecie come una vendita di cosa altrui (cfr. il II comma dell'art. 1478 cod. civ.), ipotizzando che l'*accipiens* diventi proprietario della cosa nell'istante in cui provvede a venderla. L'artificiosità della figura è palese e d'altronde occorre domandarsi se accade la stessa cosa al commissionario che vende al cliente le cose di proprietà del committente. In entrambi i casi appare più semplice ed aderente al dato normativo  **riferire di una legittimazione straordinaria a disporre di cose altrui come fossero proprie** (sia pure nei limiti e con le cautele dettate dalla legge: cfr. in tema di commissione l'art. 1735 cod. civ. per il caso dell'entrata del commissionario nel contratto). Seguendo questa impostazione la proprietà passerebbe direttamente dal *tradens* a colui che, contrattando con l'*accipiens*, acquista le cose. **In questo senso il concetto di autorizzazione potrebbe essere riferito alla costituzione volontaria del vincolo contrattuale, discendendo il potere di disposizione direttamente dalla legge in relazione alla struttura del tipo contrattuale.**

#### 4.4 Indisponibilità dei beni da parte del *tradens*

L'ultimo comma dell'art. 1558 cod. civ. **dispone espressamente per il *tradens* un vincolo di indisponibilità delle cose fino al tempo in cui eventualmente non gli vengano restituite.**

Sarebbe d'altronde contraddittorio ipotizzare una legittimazione concorrente di *tradens* e di *accipiens* in ordine all'alienazione degli stessi beni <sup>36</sup>. Si osservi come in relazione alla prescrizione in esame possa essere differenziato il potere di disposizione dell'*accipiens* rispetto a quello che potrebbe vantare un procuratore, munito di poteri rappresentativi (diretti). Se Tizio conferisce procura a Caio allo scopo di vendere un determinato bene, ha luogo un fenomeno di legittimazione concorrente in forza del quale sia Tizio, sia Caio potranno procedere alla vendita.

Nell'ipotesi in esame le cose stanno diversamente: la consegna delle cose da vendere esclude, fino al tempo della restituzione delle stesse, la possibilità di disporne da parte del proprietario. La straordinaria legittimazione che l'*accipiens* può vantare non deve tuttavia far pensare che costui sia divenuto anzitempo proprietario di quanto ricevuto in consegna, tanto è vero che i creditori dell'*accipiens* non possono sottoporre le cose a sequestro o pignoramento "finché non ne sia stato pagato il prezzo" (primo comma art. 1558 cod. civ.)<sup>37</sup>. La stessa cosa si può dire che accada per i creditori del *tradens* che abbiano fatto consegna delle cose: essi dovranno attendere l'esito del contratto. Se l'*accipiens* restituirà quanto ricevuto detti creditori potranno sottoporre le cose già oggetto del contratto ad esecuzione, diversamente avranno la possibilità di colpire le somme relative al prezzo (potendo procedere anche pignorando il diritto di credito presso l'*accipiens*)<sup>38</sup>.

## 4.5 Termine per la restituzione delle cose

**Dal termine per il pagamento del prezzo delle cose consegnate deve essere distinto il termine per provvedere all'eventuale restituzione delle medesime.** Non è sicuro se le parti debbano indispensabilmente stabilire all'atto del perfezionamento del contratto il tempo a disposizione dell'*accipiens* per poter effettuare la restituzione delle merci ovvero se tale elemento temporale possa venir determinato anche a posteriori.

A questo riguardo v'è chi trae dal modo di disporre dell'art. 1556 cod. civ., ai sensi del quale può avvenire la restituzione delle cose "nel termine stabilito", argomento a sostegno della tesi dell'indispensabile previsione di un termine<sup>39</sup>. È stato tuttavia rilevato che un conto è parlare di intrinseca necessità di un termine, un altro è di indispensabilità della relativa espressa previsione nel contratto. **Ciò che conta nel contratto estimatorio è la strutturale previsione di un momento in cui le cose devono comunque essere rese o il prezzo pagato:** praticabile pertanto si paleserebbe la determinazione del termine ai sensi del primo comma dell'art. 1183 cod. civ. (norma in base alla quale, in difetto di previsione delle parti, anche successiva rispetto al tempo del perfezionamento del contratto, si può fare ricorso agli usi ed alla determinazione del giudice) (Cass. Civ. Sez. II, 2235/79)<sup>40</sup>.

## 4.6 Speciale tutela del *tradens*

Pur mantenendo il *tradens*, secondo l'opinione preferibile, la proprietà delle cose consegnate all'*accipiens* fino al momento in cui costui non abbia provveduto a venderle, **egli vanta nei confronti dell'*accipiens* un semplice diritto di credito in ordine al pagamento del prezzo.** Ciò coerentemente rispetto alla natura dell'obbligazione (facoltativa o con facoltà alternativa) che incombe in capo all'*accipiens*<sup>41</sup>.

La legge ha tuttavia predisposto una speciale tutela del *tradens* con il II comma dell'art. 1558 cod. civ., prevedendo **l'impignorabilità delle cose consegnate da parte dei creditori dell'*accipiens* fino al tempo in cui non sia stato pagato il prezzo.**

Cosa accade una volta che l'*accipiens* abbia venduto a terzi le cose ricevute in consegna?

A questo punto il *tradens*, quale semplice creditore dell'*accipiens* in relazione alla somma pattuita potrà subire il concorso degli altri creditori dell'*accipiens*<sup>42</sup>. Da questa situazione scaturisce l'eventuale opportunità, nel caso in cui si prospetti un'eventuale situazione di insolvenza o di difficoltà finanziaria dell'*accipiens*, di colpire i beni prima della vendita per non dover subire il concorso degli altri creditori. Ciò pur dovendo essere sottolineata l'estrema delicatezza del punto: qualora infatti i presupposti per un sequestro conservativo si palesassero insussistenti, il *tradens* potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni per aver promosso l'intempestiva azione.

Spettano al *tradens*, oltre ai mezzi di protezione del creditore (sequestro conservativo, azione revocatoria e surrogatoria), anche i tipici rimedi scaturenti dal contratto ai sensi delle norme generali (azione di adempimento, azioni intese a far dichiarare la eventuale nullità del contratto, azione di annullamento, di risoluzione, di rescissione)<sup>43</sup>.

Non sarà tuttavia prospettabile l'adozione dei tipici rimedi afferenti alle c.d. "sopravvenienze", vale a dire la risoluzione per impossibilità sopravvenuta ovvero per eccessiva onerosità. Il *tradens* infatti effettua con la consegna delle cose l'attribuzione che gli incombe e non è dunque configurabile una successiva maggior onerosità della prestazione.

### 4.6.1 Contratto estimatorio e fallimento

Cosa accade se successivamente alla consegna delle cose da parte del *tradens* e prima del pagamento del relativo prezzo o della scadenza del termine per la restituzione l'*accipiens* viene dichiarato fallito?

La soluzione è diversa a seconda del fatto che le cose si trovino ancora nella sfera di disponibilità del *tradens* o siano già state alienate. Nella prima ipotesi, dal momento che le cose sono di proprietà del *tradens*, ben potrà costui esercitare l'azione di rivendicazione. Nella seconda ipotesi invece il *tradens* vanta ormai solamente un diritto di credito nei confronti dell'*accipiens*. Conseguentemente non potrà far altro che domandare alla curatela l'iscrizione nello stato passivo del proprio diritto, destinato a subire la falciata fallimentare <sup>44</sup>.

Quando le cose non siano state ancora vendute il curatore ha altresì la possibilità di domandare al Giudice Delegato l'autorizzazione a subentrare nel contratto estimatorio, ovviamente dovendo corrispondere al *tradens* il prezzo stabilito. Questa via potrà palesarsi utile quando il contratto sia stato concluso vantaggiosamente, essendo idonea ad assicurare una maggior consistenza dell'attivo da ripartire.

Occorre infine assumere in considerazione l'eventualità del fallimento del *tradens*. Il curatore assicurerà all'attivo del fallimento il prezzo delle cose vendute dall'*accipiens*, il quale dovrà fare altresì restituzione di quelle invendute anche prima del tempo previsto dal contratto, essendovi la possibilità di domandare lo scioglimento del vincolo ex l comma art. 72 l. fall.. Naturalmente anche in questo caso il curatore, se lo stimasse conveniente, potrebbe attendere il termine contrattuale, sperando che l'*accipiens* provveda ad ultimare la vendita delle cose.

## 4.7 Tutela dell'*accipiens*

All'*accipiens* compete la tutela che spetta, secondo i principi generali, ad ogni parte di un contratto, tenuto conto della peculiare natura giuridica del medesimo (con speciale riferimento al meccanismo di perfezionamento reale, in relazione al quale non saranno praticabili i rimedi della risoluzione per impossibilità sopravvenuta o per eccessiva onerosità <sup>45</sup>). **Così saranno praticabili le azioni intese a far valere la nullità, l'annullabilità, la rescindibilità, la risolubilità per inadempimento** del contratto <sup>46</sup>.

Per quanto attiene alle **garanzie tipiche della compravendita** a tutela della parte acquirente (garanzia per i vizi e l'evizione, per mancanza di qualità promesse) occorre riferirsi alla peculiare struttura causale del contratto in considerazione, con speciale riferimento alla dicotomia tra funzione strumentale (immissione dell'*accipiens* nella disponibilità delle cose) e funzione finale dell'estimatorio (cessione delle cose a terzi). È stato infatti posto in evidenza <sup>47</sup> che la questione si pone in modo differente per l'*accipiens* e per i terzi. Al primo non sarebbe data azione nei confronti del *tradens*, il quale non già dovrebbe garantire l'assenza di vizi o di diritti altrui, bensì mettere l'*accipiens* in condizione di alienare le cose consegnategli in modo tale da non dover rispondere nei confronti degli aventi causa. La presenza di vizi, difetti, diritti di terzi costituirebbe genericamente inadempimento contrattuale del *tradens*. Nei confronti dei terzi, invece, le cose andrebbero diversamente, vantando costoro azione a tale titolo. L'opinione appare accoglibile, anche se occorre sottolineare che l'azione degli acquirenti per far valere la garanzia dovrebbe essere praticata nei confronti dell'*accipiens*, essendo in genere del tutto ignota per il consumatore finale la figura del *tradens* <sup>48</sup>.

Infine sembra che l'*accipiens* possa vantare la legittimazione attiva in ordine alle **azioni possessorie e petitorie**. L'opinione può essere accolta per le prime, non per le seconde. In relazione a quest'ultimo aspetto v'è chi configura la posizione giuridica dell'*accipiens* come quella del titolare di un diritto reale minore assimilabile all'usufrutto <sup>49</sup>. Se si accoglie la teoria in forza della quale l'*accipiens* può disporre delle cose consegnategli in virtù di poteri promananti dalla legge non v'è tuttavia bisogno di giungere al punto di assimilare la posizione dell'*accipiens* a quella del titolare del diritto di usufrutto. Quest'ultima costruzione sembra avere il merito di una maggior aderenza al fenomeno reale. Si pensi al caso dell'*accipiens* al quale venga opposto il diritto di proprietà o la sussistenza di un diritto di usufrutto da parte di un terzo. Appare logico che le ragioni di questo soggetto siano contrastate direttamente dal *tradens* che ha fatto consegna delle cose sul presupposto di poterne disporre.

### 4.7.1 Tutela possessoria dell'*accipiens*

Secondo la prevalente opinione, colui che riceve in consegna le cose in esito al perfezionamento del contratto estimatorio, l'*accipiens*, vanterebbe una tutela possessoria. **Ciò deve essere posto in relazione non tanto alla titolarità di un diritto reale in capo all'*accipiens***, (cosa che è stata negata in sede di disamina della situazione giuridica in funzione della quale all'*accipiens* è conferito il potere di disposizione

delle cose consegnategli), **quanto alla concreta posizione dell'*accipiens*, così come risulta configurata dalla legge, sulla scorta dell'autorizzazione insita nel perfezionamento del contratto estimatorio** <sup>50</sup>.

In definitiva, all'*accipiens* spetterebbero l'azione di reintegrazione o spoglio (art. 1168 cod. civ.) e l'azione di manutenzione (art. 1170 cod. civ.).

## 4.8 Tutela dei terzi acquirenti

Quando l'*accipiens*, esercitando il potere di disposizione che la legge gli attribuisce (art. 1558 cod. civ.) aliena le cose consegnategli dal *tradens* a terzi, costoro ne acquistano la proprietà. È vivamente disputato se il diritto venga acquistato direttamente dal *tradens* ovvero dall'*accipiens*. Propende per quest'ultima soluzione chi osserva che nessun rapporto viene ad intercorrere tra *tradens* ed acquirente delle cose <sup>51</sup>. Se tuttavia si pone mente al meccanismo in forza del quale l'*accipiens* viene a disporre delle cose ed al fatto che soltanto pagandone il prezzo al *tradens* egli diviene proprietario delle cose, può ben sostenersi che la proprietà passi direttamente dal *tradens* all'acquirente <sup>52</sup>.

Il nodo è costituito dall'operatività del potere di disposizione conferito *ex lege* all'*accipiens*, in forza del quale costui è autorizzato a porre in vendita beni appartenenti ad altri senza che sia prospettabile la problematica afferente alla vendita di cose altrui (cfr. l'art. 1478, cod. civ.). Giova da ultimo osservare, dal punto di vista della tutela del terzo acquirente, l'irrelevanza della questione (se non limitatamente all'ipotesi in cui detto terzo conoscesse che le cose sono di proprietà del *tradens* <sup>53</sup>). L'avente causa dall'*accipiens* può infatti ordinariamente giovare della protezione dell'art. 1153 cod. civ. (possesso vale titolo).

## 4.9 Tutela dei creditori del *tradens*

Ai sensi dell'art. 1558 cod. civ., i creditori dell'*accipiens* non possono sottoporre le cose consegnategli a pignoramento o a sequestro finché non ne sia stato pagato il prezzo. Sotto questo profilo giova ribadire che, almeno secondo la tesi preferibile, le cose affidate all'*accipiens* affinché provveda alla vendita rimangono di proprietà del *tradens* fino al momento in cui non vengano alienate.

La norma citata prosegue escludendo che il *tradens* possa comunque disporre delle cose consegnate fino al tempo della restituzione <sup>54</sup>.

**Nulla viene detto circa l'eventuale azione competente ai creditori del *tradens*.** La cosa non è di secondaria importanza: si pensi al soggetto che, versando in una rilevante situazione debitoria, abbia fatto consegna, nella propria qualità di distributore professionale di merci, di ingenti quantitativi di beni destinati alla vendita, venendo di fatto a svuotare i propri magazzini. Per i creditori di costui può essere di notevole rilievo poter eventualmente intraprendere azioni esecutive sulle merci (specie quando esse siano soggette a rapida obsolescenza).

Prevale sul punto l'opinione secondo la quale i creditori del *tradens* sarebbero legittimati a promuovere ogni azione cautelare ovvero intesa ad aggredire esecutivamente i beni consegnati. In particolare si fa notare che, assai significativamente, il primo comma dell'art. 1558 cod. civ. vieta l'azione soltanto ai creditori dell'*accipiens*. Né il secondo comma della stessa norma può essere interpretato estensivamente, essendo funzionale ad impedire che, nei rapporti tra le parti, possano crearsi conflitti di attribuzione relativamente alla titolarità dei beni <sup>55</sup>.

## 5. Figure affini al contratto estimatorio

Il contratto estimatorio possiede elementi di notevole somiglianza rispetto ad altre figure contrattuali rispetto alle quali si qualifica per l'elemento causale specificamente orientato a consentire il mantenimento della disponibilità del bene presso un soggetto che, pur non essendone proprietario, è tuttavia legittimato in ordine all'alienazione.

In particolare, il contratto estimatorio si avvicina notevolmente alla **compravendita** relativamente alla funzione di trasferimento, differenziandosi tuttavia da questa per la dicotomia tra **funzione strumentale** e **funzione finale** che lo caratterizza. In altri termini nella vendita si verifica il trasferimento di quanto ne è l'oggetto verso il pagamento del corrispettivo di un prezzo, mentre nella figura in esame detto trasferimento è soltanto il risultato futuro in vista del quale l'*accipiens* (nell'interesse proprio nonché del *tradens*) è immesso nella disponibilità delle cose che gli vengono consegnate. Quest'ultimo aspetto (la consegna) scandisce inoltre il requisito indispensabile per il perfezionamento del contratto estimatorio,



qualificabile come **fattispecie reale** (non semplicemente consensuale, come la vendita) <sup>56</sup>.

Notevole somiglianza intercorre tra contratto estimatorio e **commissione** (art. 1731 cod. civ.). Quest'ultima, speciale tipo di mandato privo di poteri rappresentativi, consiste nel contratto in forza del quale al commissionario viene attribuito l'incarico di procedere nomine proprio all'acquisto o alla vendita di beni per conto del mandante. Le differenze, invero notevoli, hanno a che fare con la **natura meramente consensuale della commissione, con la possibilità, per il mandante di revocare l'incarico o comunque di disporre dei propri beni, infine con il meccanismo della provvigione, tipico della commissione**. L'elemento che pare comunque accomunare le due figure è quello del **peculiare meccanismo autorizzatorio in forza del quale è possibile che si provveda alla vendita di un bene di proprietà altrui in difetto di poteri rappresentativi diretti**. Sia nella commissione, sia nel contratto estimatorio una delle parti può alienare una cosa che non gli appartiene ad un soggetto che ne diviene comunque proprietario <sup>57</sup>.

Quanto, più in generale, alla differenza tra estimatorio e **mandato** (art. 1703 cod. civ.) è stato deciso che non è incompatibile con il primo l'apposizione di una clausola in virtù della quale l'*accipiens* si obblighi a rendere il conto al *tradens*, giustificando le quantità vendute (Cass. Civile, Sez. II, 3485/90).

L'estimatorio differisce altresì rispetto al **contratto di agenzia** (art. 1742 cod. civ.), nel quale l'agente presta professionalmente la propria opera intesa alla promozione delle vendite nell'interesse del preponente. Al di là di un'indubbia analogia sotto il profilo lato della funzione economica, all'agente non viene conferita nessuna disponibilità in ordine alle cose da alienare (Cass. Civ. Sez. Lav., 11504/91; Cass. Civ. Sez. III, 2137/82).

Quanto infine al paragone con il **contratto di deposito** (art. 1766 cod. civ.), se, come pare, l'*accipiens* non è gravato da un obbligo di custodia, non si evidenzia alcun nesso di somiglianza, dovendosi al contrario rilevare una totale divergenza sotto il profilo funzionale e della concreta disciplina, con particolare riferimento all'assenza, in capo al depositario, di qualsiasi potere di disposizione dei beni ricevuti <sup>58</sup>. L'unico elemento che consentirebbe di affiancare le due figure consisterebbe nel **meccanismo reale di perfezionamento**, imperniato sulla consegna delle cose.

## CAPITOLO 2 - CONTRATTO DI AGENZIA

**Sommario:** 1. Introduzione 2. Nozione e caratteri del contratto di agenzia 3. Autonomia dell'agente di commercio 4. Disciplina del contratto di agenzia 5. Agenti di assicurazione, mediatori assicurativi, brokers 6. Agenti in attività finanziaria e mediatori creditizi

### 1. Introduzione

La **commissione** (art. 1731 cod. civ.) costituisce una **figura speciale di mandato senza rappresentanza**, avente specificamente ad oggetto la conclusione di contratti di compravendita.

Nel **contratto di agenzia** invece "una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata" (art. 1742 cod. civ.).

Ai sensi dell'art. 1754 cod. civ. **viene considerato mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, in difetto di qualsiasi vincolo di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza rispetto alle medesime**.

È chiaro da questi rapidi cenni definatori la delicatezza della distinzione tra le tre figure, il cui comune snodo concettuale è costituito dalla funzione di un soggetto che si pone come intermediario nel processo produttivo e distributivo di beni e di servizi.

Nel contratto di agenzia l'agente non conclude alcun contratto con il cliente, limitandosi, a differenza di quanto accade per il commissionario (il quale invece conclude direttamente l'accordo negoziale), a promuovere la conclusione dell'affare in un ambito localmente determinato. Il mediatore assume una peculiare posizione di spiccata autonomia, che vale a differenziarne la figura sia rispetto a quella dell'agente, talvolta vincolato al preponente da un rapporto qualificabile come parasubordinato, sia rispetto al commissionario, pur sempre mandatario rispetto al committente <sup>59</sup>. Inoltre il mediatore non conclude alcun contratto, dal momento che il suo ruolo naturale è soltanto quello di porre in contatto le parti che

successivamente provvedono a concludere l'accordo in proprio. Egli non è vincolato a nessun ambito di zona (come invece accade per l'agente) <sup>60</sup>.

Queste nette differenze nella prassi possono anche attenuarsi. L'agente di commercio può essere dotato di poteri speciali, che gli consentono di concludere direttamente il contratto (c.d. agente rappresentante di commercio: art. 1752 cod. civ.). Il mediatore può anche assumere la rappresentanza di una delle parti (art. 1761 cod. civ.). L'agenzia si differenzia comunque dal **mandato** (art. 1703 cod. civ.), a tacer del necessario **ambito locale** di svolgimento dell'attività, anche in relazione alla **stabilità dell'incarico** conferito dal preponente, a fronte dell'ordinaria **occasionalità** di quello conferito dal mandante <sup>61</sup>.

Da ultimo occorre mettere a fuoco la differenza tra le figure contrattuali evocate e il contratto atipico di **procacciamento di affari**. Esso corrisponde all'attività di un soggetto (il procacciatore) che raccoglie presso la clientela ordinazioni (da considerarsi in senso tecnico semplici proposte contrattuali), successivamente trasmettendole ad un altro soggetto (un'impresa, un produttore) che gli ha in precedenza affidato l'incarico di provvedere in tal senso. L'inquadramento di quest'ultimo è invero disputato, data l'affinità rispetto all'agenzia ed alla mediazione <sup>62</sup>. Rispetto alla prima la differenza sarebbe costituita dal difetto del requisito della stabilità e dell'obbligo promozionale, rispetto alla seconda dall'assenza del requisito dell'imparzialità (Cass. Civ. Sez. II, 4327/2000) <sup>63</sup>.

In ogni caso si è reputato di poter applicare analogicamente alla figura in esame la disciplina del contratto di agenzia. Ben potrebbe pertanto sussistere un contratto di procacciamento d'affari con rappresentanza, in tal caso producendo l'attività del procacciatore effetti diretti nel patrimonio del preponente il cui nome sia stato speso dal primo (Cass. Civ. Sez. III, 18736/2003).

## 2. Nozione e caratteri del contratto di agenzia

**Per mezzo del contratto di agenzia "una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata"** (art. 1742 cod. civ.) <sup>64</sup>.

Il soggetto che si impegna ad esplicare l'attività di promozione di cui sopra viene appellato **agente**, quello per conto del quale l'attività viene svolta (ordinariamente un imprenditore) viene definito **preponente** <sup>65</sup>.

La commercializzazione di quanto prodotto dall'industria e l'erogazione di servizi articolati e sofisticati richiedono un'efficiente rete distributiva. Il contratto di agenzia è idoneo a soddisfare queste esigenze, consentendo di interporre, tra i soggetti dell'economia, chi è specializzato nell'attività ausiliaria funzionale alla conclusione di accordi di vendita.

Il contratto di agenzia può essere considerato come un **contratto a prestazioni corrispettive** <sup>66</sup>, di **durata** (in ciò distinguendosi dal mandato, il quale per lo più ha per oggetto il compimento di un affare determinato, senza che si configuri quella stabilità che invece contraddistingue l'agenzia) <sup>67</sup>.

In esito alla modificazione dell'art. 1742 cod. civ. introdotta per effetto del d.lgs. 10 settembre 1991 n. 303 l'agenzia, la cui stipulazione non richiedeva speciali forme, deve essere qualificata come contratto a **forma vincolata ad probationem**.

## 3. Autonomia dell'agente di commercio

L'agente di commercio organizza la propria attività liberamente, sopportando il rischio economico relativo. Egli non è dunque un lavoratore subordinato, bensì un soggetto autonomo. V'è chi ha affermato che l'agente sarebbe un **piccolo imprenditore**, rientrando nella categoria degli imprenditori ausiliari ex n.5 art. 2195 cod. civ. <sup>68</sup>.

Questa affermazione deve essere tuttavia concretamente ambientata nella realtà quotidiana, alla luce delle obbligazioni facenti capo all'agente (sia in senso generico, con riferimento all'obbligo di tenere una condotta diligente, ciò che comporta un'attività non occasionale o sporadica, sia in senso specifico, relativamente agli obblighi di informativa e di protezione del credito). Assai rilevante è osservare che spesso l'agente dispone di una modesta organizzazione che lo pone in una situazione di soggezione di fatto rispetto al preponente. È per questo motivo che si parla anche di **parasubordinazione**, evocando appunto una situazione in cui alla teorica piena autonomia dell'agente fa riscontro pratico una sudditanza economica e gestionale rispetto al

preponente<sup>69</sup>. A questo proposito è di fondamentale importanza ricordare che il contratto di agenzia si conforma agli accordi collettivi predisposti dal sindacato di categoria e che l'agente ha diritto a percepire un'indennità di fine rapporto (art. 1751 cod. civ.) simile a quella che l'art. 2120 cod. civ. attribuisce al prestatore di lavoro subordinato.

In definitiva, anche se nel codice civile non vengono introdotte distinzioni, è possibile distinguere di volta in volta se l'agente rivesta o meno la qualità di imprenditore. Ad ulteriore riprova di ciò si pensi che da un lato l'art. 409, cod. proc. civ. (come modificato ad opera dell'art. 1 della legge n. 533/1973), contempla al numero 3 il rapporto di agenzia tra quelli assoggettati al rito previsto per le controversie in materia di lavoro, dall'altro che l'art. 6 della legge n. 204/1985 contempla invece l'ipotesi in cui l'attività di agente o rappresentante di commercio sia esercitata da una società (prescrivendo che in questo caso i requisiti per l'iscrizione nel ruolo devono essere posseduti dai legali o dal legale rappresentante delle società stesse).

È dunque possibile distinguere due tipi specifici di rapporto agenziale: il primo qualificato dalla prevalente prestazione dell'opera dell'agente (pertanto simile ad un rapporto di lavoro subordinato); il secondo in cui assume un rilievo assorbente l'aspetto organizzativo, ciò che importa la considerazione dell'agente in chiave di imprenditore<sup>70</sup>.

## 4. Disciplina del contratto di agenzia

Il codice civile regola, con una disciplina talvolta inderogabile, il rapporto che viene instaurato tra agente e preponente. Alla normativa del codice si è nel tempo sovrapposta la legislazione speciale (cfr. la legge n. 204/1985 nonché i d.lgs. n. 303/1991 e 65/1999, che hanno profondamente modificato la normativa codicistica) anche di carattere comunitario (si pensi alla direttiva n. 653/86/CEE).

Nel corso della disamina che seguirà assumeremo in separata considerazione vari aspetti afferenti al contratto di agenzia: tali **la forma** di esso (cfr. secondo comma dell'art. 1742 cod. civ.), **l'iscrizione nell'apposito ruolo** localmente tenuto presso le CCIAA, le conseguenze giuridiche dell'esercizio dell'attività in difetto di iscrizione.

Non meno importante risulta l'esame della disciplina prevista in tema di **diritti e di obblighi dell'agente** (artt. 1746, 1747, 1748 cod. civ.) **e del preponente** (art. 1749 cod. civ.), di **corresponsione della provvigione e dell'indennità di fine rapporto** (art. 1751 cod. civ.), della **durata** di quest'ultimo (art. 1750 cod. civ.), della stipulazione di clausole peculiari come quella in forza della quale l'agente si impegna a non fare **concorrenza** al proponente (art. 1751 bis cod. civ.).

### 4.1 Forma del contratto di agenzia

Ai sensi del II comma dell'art. 1742 cod. civ. **il contratto di agenzia deve essere provato per iscritto** (Cass. Civ. Sez. Lavoro, 4167/1996). Il requisito formale, introdotto in esito all'emanazione del d.lgs. 303/1991, si qualifica pertanto come *ad probationem*, non potendo diversamente darsi ingresso alla prova dell'esistenza della pattuizione, se non in forza di confessione<sup>71</sup>. L'ultima parte della norma riferita contiene una prescrizione volta a corroborare il precedente assunto, esplicitando l'esistenza di uno specifico diritto di ciascuna delle parti di "ottenere dall'altra un documento dalla stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive". **Questo diritto non è rinunciabile**<sup>72</sup>.

Cosa riferire relativamente alla **forma del recesso** e della **risoluzione per mutuo consenso** del contratto in esame? Sotto il vigore del vecchio testo dell'art. 1742 cod. civ. (che non prevedeva particolari requisiti formali) la giurisprudenza aveva avuto modo di occuparsi della questione, con specifico riferimento alle previsioni contrattuali che prevedevano la necessità che il recesso intervenisse in esito a specifica comunicazione scritta da effettuarsi con lettera raccomandata. Era stato deciso, in particolare, nel senso della non estensibilità di tali prescrizioni alla risoluzione per mutuo consenso, il cui perfezionamento sarebbe potuto intervenire anche per fatti concludenti (Cass. Civ. Sez. Lavoro, 5583/1993)<sup>73</sup>.

### 4.2 Albo e ruolo degli agenti di commercio

L'istituzione e la tenuta di un ruolo degli agenti di commercio, che risale al 1968 (legge n. 316/1968, ora abrogata dalla legge n. 204/1985), ha conosciuto una nuova disciplina in esito all'entrata in vigore della legge n. 204/1985. L'attività di agente di commercio viene definita in relazione all'incarico stabile conferito da una o più imprese relativamente all'attività di promuovere la conclusione di contratti in una o più zone determinate.

Al ruolo degli agenti di commercio, istituito presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e

agricoltura, devono obbligatoriamente iscriversi coloro che svolgono o intendono svolgere l'attività di agente o rappresentante di commercio che siano in possesso degli specifici requisiti fissati dagli artt. 5 e 6 della citata legge.

Allo scopo di ottenere l'iscrizione nel ruolo il richiedente deve, ai sensi del riferito art. 5 essere in possesso dei seguenti requisiti:

- a) essere cittadino italiano o cittadino di uno degli Stati membri della Comunità economica europea, ovvero straniero residente nel territorio della Repubblica italiana;
- b) godere dell'esercizio dei diritti civili;
- c) non essere interdetto o inabilitato, fallito, condannato per delitti contro la pubblica amministrazione, l'amministrazione della giustizia, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria ed il commercio, ovvero per delitto di omicidio volontario, furto, rapina, estorsione, truffa, appropriazione indebita, ricettazione e per ogni altro delitto non colposo per il quale la legge commina la pena della reclusione non inferiore, nel minimo, a due anni e, nel massimo, a cinque anni salvo che non sia intervenuta la riabilitazione;
- d) avere assolto gli impegni derivanti dalle norme relative alla scuola dell'obbligo vigenti al momento dell'età scolare dell'interessato, conseguendo il relativo titolo.

Il richiedente deve inoltre:

- 1) aver frequentato con esito positivo uno specifico corso professionale istituito o riconosciuto dalle regioni;
- 2) oppure aver prestato la propria opera per almeno due anni alle dipendenze di una impresa con qualifica di viaggiatore piazzista o con mansioni di dipendente qualificato addetto al settore vendite, purché l'attività sia stata svolta anche se non continuativamente entro i cinque anni dalla data di presentazione della domanda;
- 3) oppure aver conseguito il diploma di scuola secondaria di secondo grado di indirizzo commerciale o laurea in materie commerciali o giuridiche.

Il terzo comma dell'art. 5 l. cit. dispone l'incompatibilità tra l'iscrizione nel ruolo e l'esercizio dell'attività in qualità di dipendente da persone, associazioni o enti, privati o pubblici ovvero della iscrizione nei ruoli dei mediatori. Lo stesso divieto vale per il broker di assicurazioni, come anche all'agente di assicurazione.

Viene infine fatto espresso divieto (art. 9 , legge n. 204/1985) a colui che non è iscritto al ruolo, di esercitare attività di agente di commercio. In caso di violazione è prevista l'irrogazione di una sanzione amministrativa. Secondo un'opinione <sup>74</sup>, non più sostenibile in relazione alla normativa comunitaria, i contratti posti in essere dall'agente non iscritto al ruolo sarebbero stati addirittura nulli. La questione sarà oggetto di separata disamina.

### 4.3 Conseguenze della mancata iscrizione nel ruolo dell'agente di commercio

L'art. 9 della legge n. 204/1985, il cui terzo comma prevede una sanzione pecuniaria a carico dei contravventori, **fa espresso divieto, a chi non è iscritto nel ruolo di cui alla stessa legge, di esercitare l'attività di agente o rappresentante di commercio** <sup>75</sup>. La previgente legge del 1968 prescriveva in tale ipotesi, assai più radicalmente, la **sanzione della nullità** sia del contratto di agenzia, sia delle singole negoziazioni poste in essere dall'agente.

Allo scopo di far salve le ragioni economiche di colui che si fosse attivato pur in difetto di iscrizione nell'apposito ruolo, la giurisprudenza, avendo esclusa la possibilità di fare applicazione dell'art. 2126 cod. civ. (Cass. Civ. Sez. II, 4154/94), aveva ritenuto praticabile il ricorso all'azione generale di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 cod. civ. (Cass. Civ. Sez. Lavoro, 4798/97; Cass. Civ. Sez. Lavoro, 9675/92) <sup>76</sup>.

Venuta meno la relativa disposizione, secondo un'opinione la nullità dei contratti stipulati dal c.d. "agente di fatto" sarebbe stata comunque ritraibile dal tenore del riferito art. 9 della legge n. 204/1985. Dalla natura imperativa della norma sarebbe infatti derivata la **nullità virtuale** di tutte le stipulazioni concluse dall'agente non iscritto (Cass. Civ. Sez. II, 9063/94) <sup>77</sup>.

Da ultimo, l'appartenenza del nostro Paese all'Unione europea ha imposto, in omaggio alla direttiva n.653/86/CEE del 18 dicembre 1986, **di considerare valido a tutti gli effetti il contratto di agenzia stipulato con un soggetto non iscritto in apposito albo** (Corte Giustizia Comunità Europee del 13 luglio 2000; Cass. Civ. Sez. Lavoro, 12580/99) <sup>78</sup>. Diversamente è a dirsi per quanto attiene ad ulteriori aspetti: libero così ciascun Paese membro di richiedere a determinati fini la detta iscrizione (allo scopo, ad esempio, di perfezionare l'iscrizione dell'agente nel Registro delle imprese: Corte Giustizia Comunità Europee del 6 marzo 2003).

<sup>1</sup> Il congegno negoziale corrispondente al contratto estimatorio era conosciuto anche nel diritto romano. Era tale l'accordo mediante il quale un soggetto faceva consegna ad un altro (*circitor*) di una cosa stimata, mentre quest'ultimo si obbligava a corrispondere un prezzo predeterminato nell'ipotesi in cui l'avesse a propria volta venduta, diversamente dovendo restituirla tale e quale (*in corrupta*) al *tradens*. A costui veniva riservata una tutela mediante l'*actio praescriptis verbis*. Non si reputava infatti che la stipulazione corrispondesse né ad una vendita né ad un mandato.

<sup>2</sup> Il nome del contratto si deve al fatto che è necessaria una stima preventiva del valore delle cose ad opera del *tradens*: l'*accipiens* in questo modo può dirsi consapevole del prezzo che dovrà versare al *tradens*, potendo fissare un prezzo superiore da praticare nei confronti della clientela onde conseguire un lucro (Gazzoni, Manuale di diritto civile e commerciale, Napoli, 1996, p.1057).

<sup>3</sup> La realtà di questo contratto si giustifica in relazione alle esigenze economiche dei contraenti. In particolare l'*accipiens* necessita della disponibilità dei beni sia dal punto di vista giuridico, sia da quello materiale: Giannattasio, Del contratto estimatorio. La somministrazione, in Trattato di dir.civ. e comm., dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p.133.

<sup>4</sup> Analogamente Forchielli, Il contratto estimatorio nella più recente dottrina, in Riv.trim. dir. e proc.civ., 1955, p.457.

<sup>5</sup> Bigliuzzi-Geri, Breccia, Busnelli, Natoli, Diritto civile. Obbligazioni e contratti, Torino, 1992, p.605.

<sup>6</sup> Cfr. Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.165.

<sup>7</sup> Cfr. Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.219.

<sup>8</sup> Ne deriva che le spese per la consegna ed i rischi della merce durante il trasporto sono a carico del *tradens*: Balbi, Il contratto estimatorio, in Trattato di dir.civ.it., dir. da Vassalli, Torino, 1960, p.73; Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm.cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.58; Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.433.

<sup>9</sup> Sembra perciò da escludere l'ammissibilità di forme solo simboliche di consegna: il perfezionamento del contratto richiede la materiale disponibilità della cosa: Balbi, cit., p.97 e Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm.cod.civ., Libro IV, Torino, 1991, p.229.

<sup>10</sup> Analogamente Cottino, *Del contratto estimatorio, Della somministrazione*, in Comm.cod.civ., Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1970, p.42 e Mazzone, voce *Contratto estimatorio*, in N.sso Dig., vol. IV, 1959, p.655.

<sup>11</sup> Per questo motivo alcuni preferiscono parlare di situazione preparatoria allo scambio (così Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in Comm.cod.civ., Torino, 1980, p.230 e Giuliani, in Comm.cod.civ., dir. da Cendon, artt.1556 e ss., p.1062), ravvisando la causa del contratto, anziché nello scambio tra cosa e pagamento (differito), proprio nella predetta situazione preparatoria, mediante l'attribuzione di un potere dispositivo in capo all'*accipiens* (Luminoso, *I contratti tipici e atipici*, Milano, 1995, p.217).

<sup>12</sup> Così Luminoso, cit., p. 217.

<sup>13</sup> Cfr. Luminoso, cit., p. 218.

<sup>14</sup> Così Giannattasio, Del contratto estimatorio. La somministrazione, in Trattato di dir.civ. e comm., dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p.151, il quale reputa l'ipotesi ammissibile nonostante le difficoltà che la trascrizione comporta.

<sup>15</sup> Si ritiene perciò che il contratto estimatorio possa avere ad oggetto cose generiche, purché l'individuazione delle stesse avvenga prima del perfezionamento del contratto, quindi non più tardi dell'atto di consegna (Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm.cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.37; Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.219).

<sup>16</sup> Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.254; Giannattasio, Del contratto estimatorio. La somministrazione, in Trattato di dir.civ. e comm., dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p.158.

<sup>17</sup> Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm.cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.47.

<sup>18</sup> Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm.cod.civ., Libro IV, Torino, 1991, p.233; Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.219.

<sup>19</sup> Giannattasio, cit., p.139 e Barbieri, Il contratto estimatorio, in I contratti reali, a cura di Napoletano, Torino, 1979, p.573.

<sup>20</sup> Così Capozzi, Dei singoli contratti, vol.I, Milano, 1988, p.255.

<sup>21</sup> In questo senso Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.221.

<sup>22</sup> Di questo parere la prevalente dottrina: cfr. Capozzi, Dei singoli contratti, vol.I, Milano, 1988, p.252; Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.115; Tamburrino, Sulla natura e caratteristiche del contratto estimatorio, in Giur.compl.Cass.civ., 1947, III, p.536; Messineo,

Manuale di diritto civile e commerciale, vol.III, Milano, 1954, p.155; Neppi, voce Librario (contratto), in N.sso Dig.it., vol.IX, 1965, p.885. Secondo altri si dovrebbe piuttosto configurare una obbligazione alternativa: nessuna delle due prestazioni (pagamento del prezzo o restituzione) rivestirebbe infatti carattere principale rispetto all'altra (così Gazzoni, Manuale di diritto civile e commerciale, Napoli, 1996, p.1058). Diversa ancora l'opinione di quanti ritengono che non debba parlarsi né di obbligazione alternativa né facoltativa. La restituzione della merce configurerebbe in realtà uno strumento di scioglimento dal contratto previsto a favore dell' *accipiens* (non sarebbe perciò relativo alla fase di adempimento), configurabile o come risoluzione del contratto (così Gazzara, La vendita obbligatoria, Milano, 1981, p.234; Giannattasio, Del contratto estimatorio. La somministrazione, in Tratt.dir.civ. e comm., dir. da Cicu-Messineo, Milano, 1974, p.122 e Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Tratt.dir.priv., a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1995, p.220) oppure come facoltà di recesso (Balbi, Il contratto estimatorio, in Tratt.dir.civ. it., dir. da Vassalli, vol. VII, Torino, 1960, p.87).

<sup>23</sup> Secondo parte della dottrina la restituzione dovrebbe avvenire nel luogo in cui è intervenuta la consegna all'*accipiens* (Balbi, cit., p.84; Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm. cod. civ., vol.IV, Torino, 1960, p.233; Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod. civ. a cura di Scialoja-Branca, Bologna - Roma, 1970, p.58).

<sup>24</sup> Prevale perciò l'opinione secondo la quale la restituzione debba effettuarsi nel luogo in cui l'*accipiens* ricevette le cose in consegna, poiché il *tradens* deve essere rimesso nell'esatta posizione in cui si trovava al momento della conclusione del contratto: così Visalli, cit., p.458; Balbi, cit., p.85; Cottino, cit., p.59.

<sup>25</sup> La ratio dell'art. 1557 cod. civ. viene generalmente ricondotta al fatto che la lesione o il perimento delle cose ne rendono impossibile quella restituzione *telle quelle* che è l'unica alternativa prevista rispetto al pagamento del prezzo (Giuliani, in Comm. cod. civ. dir. da Cendon, IV, Torino, 1999, p.1065).

<sup>26</sup> Parte della dottrina ritiene inoltre che l'*accipiens* possa, ove la natura delle cose lo permetta e qualora si tratti di piccole riparazioni, di provvedervi direttamente egli stesso, risultando così praticabile la restituzione dei beni in natura (Napoletano, Barbieri e Novità, I contratti reali, in Giur. sist. civ. e comm. dir. da Bigiavi, Torino, 1980, p.578).

<sup>27</sup> Così Giannattasio, voce Contratto estimatorio, in Enc.dir., vol.X, 1962, p.93. Contra Cottino, cit., p.49, il quale preferisce considerare immediatamente esigibile il credito a seguito del perimento o deterioramento fortuito della cosa.

<sup>28</sup> L'ipotesi del reato di appropriazione indebita è sostenuta da Romano S., Vendita. Contratto estimatorio, in Tratt. dir. civ. diretto da Grosso e Santoro Passarelli, Milano, 1960, p.313 e da Eula, Del contratto estimatorio, in Comm. cod. civ. diretto da D'Amelio e Finzi, II, Firenze, 1984, p.164, ritenendo che la titolarità dei beni permanga al *tradens* anche dopo la scadenza del termine di restituzione: laddove l'*accipiens* non restituiscia né il prezzo né la cosa incorrerebbe non solo in uno stato di inadempimento ma anche nella fattispecie di reato in esame.

<sup>29</sup> Così Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.460 e Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.30.

<sup>30</sup> Così Forchielli, Il contratto estimatorio nella più recente dottrina, in Riv. trim. di dir. e proc. civ., 1955, p.455.

<sup>31</sup> Occorre in proposito rilevare l'esistenza di varie sfumature: v'è infatti chi fa riferimento alla scadenza del termine contrattualmente previsto per la restituzione come al tempo in cui si verifica il trasferimento della proprietà delle cose in capo all'*accipiens* (cfr. De Martini, Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano, 1950, p.474).

<sup>32</sup> A riprova della fondatezza di questa tesi si è altresì sostenuto che se il contratto estimatorio fosse immediatamente traslativo della proprietà, sarebbe del tutto superfluo porre a carico dell'*accipiens* il rischio del perimento della cosa e specificare che costui ha il potere di disposizione della cosa: cfr. Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm.cod.civ., Libro IV, Torino, 1991, p.228 e Luminoso, I contratti tipici e atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.216.

<sup>33</sup> De Martini, cit., p.469 e Giannattasio, La permuta, il contratto estimatorio, la somministrazione, Milano, 1960, p.105. A questa prospettazione non potrebbe opporsi la regola del *numerus clausus* dettata in tema di diritti reali. Essa deve infatti essere intesa semplicemente nel senso che l'autonomia privata non può creare altri tipi oltre a quelli dovunque previsti dalla legge, fermo restando che quest'ultima può comunque operare liberamente.

<sup>34</sup> Così Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod.civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1970, p.18 e Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale, vol.III, Milano, 1954, p.157. Il trasferimento delle cose si verificherebbe direttamente dal *tradens* al terzo proprio in funzione di tale autorizzazione. Cfr. sostanzialmente in questo senso Luminoso, cit., p. 217.

<sup>35</sup> Cfr. Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.165, per il quale il contratto estimatorio dovrebbe configurarsi come un negozio fiduciario, ravvisando così nell'*accipiens* un potere dispositivo, fondato sulla autorizzazione a porre in essere atti con rilevanza esterna

(cioè vincolanti nei confronti dei terzi anche il *tradens*), in relazione alla particolare fiducia che il *tradens* ripone nell'*accipiens*.

<sup>36</sup> Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.223.

<sup>37</sup> Si può semmai ritenere che gli eventuali atti di disposizione posti in essere dal *tradens* siano sospensivamente condizionati alla restituzione delle cose: cfr. Giannattasio, Del contratto estimatorio. La somministrazione, in Trattato di dir.civ. e comm., dir. da Cicu e Messineo, Milano, 1974, p.114. È chiaro poi che non potrà aversi, stante la realtà del contratto estimatorio, un acquisto per effetto dell'art. 1153 cod. civ. pregiudizievole per l'*accipiens*.

<sup>38</sup> Qualora i creditori del *tradens* abbiano ad intraprendere azioni cautelari od esecutive prima della scadenza del termine di restituzione, siffatti atti saranno pienamente validi, pur dovendosi ritenere subordinati alla *condicio iuris* che si verifichi la restituzione delle cose oggetto del contratto o il pagamento del prezzo (Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.51 e Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod.civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1970, p.33).

<sup>39</sup> Parla di "termine necessario" Di Majo, Termine giudiziale e contratto estimatorio, in Giust.civ., I, 1974, p.893.

<sup>40</sup> In questo senso l'opinione prevalente: De Martini, Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano, 1950, p.490; Giannattasio, voce Contratto estimatorio, in Enc.dir., vol.X, 1962, p.93; Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod.civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1970, p.51.

<sup>41</sup> Non potrà dunque il *tradens* agire con l'azione di rivendicazione nei confronti dell'*accipiens* (unicamente debitore del prezzo). Ciò tuttavia non esclude che la rivendicazione possa essere promossa nei confronti di terzi che avessero sottratto i beni (mentre in capo all'*accipiens* potrà al più essere riconosciuta la tutela possessoria) (così Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.512).

<sup>42</sup> Analogamente Romano, Vendita. Contratto estimatorio, in Trattato di dir.civ., diretto da Grosso e Santoro-Passarelli, Milano, 1960, p.312 e Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm.cod.civ., Libro IV, Torino, 1991, p.235.

<sup>43</sup> Così Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1995, p.224.

<sup>44</sup> Implicitamente Giuliani, in Comm.cod.civ., Libro IV, Torino, 1999, p.1067.

<sup>45</sup> Tali azioni non competono, poichè l'*accipiens* è unicamente obbligato a corrispondere il prezzo al *tradens*. La relativa obbligazione possiede natura pecuniaria, conseguentemente rinvenendo applicazione il principio nominalistico di cui all'art. 1277 cod. civ., ai sensi del quale il debitore si libera pagando la somma originariamente determinata. Ciò anche quando il relativo potere di acquisto si sia modificato nell'intervallo cronologico intercorrente fra la nascita del debito ed il termine di adempimento (Capozzi, Dei singoli contratti, vol.I, Milano, 1988, p.260).

<sup>46</sup> Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.223.

<sup>47</sup> Così Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod. civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna - Roma, 1970, p.42.

<sup>48</sup> Balbi, Il contratto estimatorio, in Trattato di dir.civ.it., dir. da Vassalli, vol.VII, Torino, 1960, p.114; Greco, Lezioni di diritto commerciale. I contratti. Vendita, riporto, contratto estimatorio, appalto, Roma, 1958, p.230; Eula, Del contratto estimatorio, in Comm.cod.civ., dir. da D'Amelio e Finzi, Libro II, Firenze, 1948, p.159 ritengono invece che dovrebbe farsi piena applicazione anche al contratto estimatorio della norma sulla vendita, configurando così, in ogni caso, a carico del *tradens* sia la garanzia per l'evizione sia per i vizi delle cose consegnate.

<sup>49</sup> Cfr. De Martini, Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano, 1950, p.469. Altri (Carnevali, voce Contratto estimatorio, in Enc.giur. Treccani, vol.IX, 1988, p.1) giustificano la spettanza dell'azione petitoria in capo all'*accipiens* quale conseguenza della facoltà di disposizione a lui attribuita in forza del contratto. Sembra peraltro preferibile distinguere tra quelle azioni che sono connesse con la titolarità del diritto (appunto quelle petitorie) che resterebbero in capo al *tradens* e quelle che ineriscono alla situazione possessoria di cui è investito l'*accipiens*.

<sup>50</sup> Autorizzazione che importa sia una piena legittimazione a disporre delle cose consegnate, sia l'assunzione in carico del rischio connesso al perimento o al deterioramento delle stesse (art. 1557 cod. civ.): cfr. Luminoso, I contratti tipici ed atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.223.

<sup>51</sup> I terzi acquirenti, che possono anche ignorare l'esistenza del *tradens*, hanno, in definitiva, stipulato un normale contratto di compravendita con l'*accipiens* e ad essi spetterà, soltanto nei confronti di costui, la tipica tutela che compete ad ogni compratore (di questa opinione Capozzi, Dei singoli contratti, vol.I, Milano, 1988, p.260).

<sup>52</sup> Così Luminoso, I contratti tipici e atipici, Milano, 1995, p.222.

<sup>53</sup> In questo caso troverà applicazione l'art. 1478 cod. civ.: l'*accipiens*, che per il terzo è venditore, sarà tenuto, salvo rivalsa verso il *tradens*, a procurare la proprietà della merce (Visalli, Il contratto estimatorio nella problematica del negozio fiduciario, Milano, 1974, p.585).

<sup>54</sup> La disposizione normativa rinviene giustificazione nel riconoscimento di un potere dispositivo in capo all'*accipiens* che verrebbe a confliggere con la contemporanea legittimazione del *tradens* (Luminoso, I contratti tipici e atipici, in Trattato di dir.priv., a cura di Iudica e Zatti, Milano, 1995, p.223). Il divieto di pignoramento trova la propria ratio nella necessità di evitare la paralisi dell'attività commerciale dell'*accipiens* con la conseguente impossibilità per il medesimo di dare esecuzione al contratto (Majello, Recensione a Balbi, in Dir. e giur., 1954, p.100).

<sup>55</sup> In questo senso Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm. cod.civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna, Roma, 1970, p.33; Luminoso, cit., p.222. È chiaro, peraltro, che l'esercizio di azioni esecutive da parte dei creditori del *tradens* costituirebbe una *condicio iuris* risolutiva del contratto stesso, giacché produrrebbe la cessazione degli effetti del contratto estimatorio, allo scopo di tutelare i creditori del *tradens* (così Mirabelli, Dei singoli contratti, in Comm.cod.civ., Libro IV, Torino, 1991, p.231 in nota 27). Contra Capozzi, Dei singoli contratti, vol.I, Milano, 1988, p.261, a giudizio del quale occorre ritenere che anche i creditori del *tradens* non possano sottoporre a sequestro o a pignoramento i beni consegnati all'*accipiens* prima che sia pagato il relativo prezzo di stima. Ciò si ricaverebbe dal secondo comma dell'art.1558 cod. civ., in cui il divieto di disposizione da parte del *tradens* implicitamente nega la proponibilità di procedure esecutive da parte dei creditori di quest'ultimo. Diversamente sarebbe pregiudicata la stessa funzione del contratto che è quella di consentire all'*accipiens* la vendita delle cose a terzi.

<sup>56</sup> Un'ulteriore distinzione è ravvisabile nella diversa disciplina del regime dei rischi: mentre nella vendita essi ricadono sul proprietario, nel contratto estimatorio sono a carico dell'*accipiens*, semplice legittimato a disporre dei beni pur non potendo essere considerato proprietario di essi (cfr. Capozzi, Dei singoli contratti, vol.I, Milano, 1988, p.262).

<sup>57</sup> Ulteriore elemento di differenza dell'estimatorio rispetto alla commissione è l'assenza di un obbligo a vendere a carico dell'*accipiens*, il quale agisce nel proprio ed esclusivo interesse, libero di vendere a terzi la merce come di trattenerla per sé o di restituirla, con l'unica obbligazione di pagare il prezzo stimato in caso di mancata restituzione nel termine convenuto (così De Martini, Profili della vendita commerciale e del contratto estimatorio, Milano, 1950, p.442; Giannattasio, voce Contratto estimatorio, in Enc. dir., vol.X, 1962, p.91).

<sup>58</sup> La dottrina quasi unanimemente esclude l'esistenza di un obbligo di custodia in capo all'*accipiens*, il quale, semmai, ha un interesse proprio a conservare il bene per preservarsi il diritto alla restituzione dello stesso alla scadenza pattuita (Cottino, Del contratto estimatorio. Della somministrazione, in Comm.cod.civ., a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.54). Diverse sono poi le strutture causali tra deposito e contratto estimatorio: il primo svolge la funzione di conservazione dei beni consegnati, mentre il secondo predispone i beni alla loro vendita (Balbi, Il contratto estimatorio, in Trattato di dir.civ.it., dir. da Vassalli, vol.VII, Torino, 1960, p.45; Napoletano, Barbieri, Novità, I contratti reali, in Giur.sist.civ. e comm., dir. da Bigiavi, Torino, 1980, p.552).

<sup>59</sup> Giordano, Il contratto di agenzia, Bari, 1959, p.48. Si badi al fatto che il mediatore può ben essere dotato di poteri rappresentativi, permanendo tuttavia quell'assenza di obbligatorietà nella sua condotta che consente di distinguere la figura rispetto a quello del mandatario (Cass. Civ. Sez. III, 24333/2008).

<sup>60</sup> Franceschelli, in Comm.cod.civ., dir. da Cendon, vol.IV, Torino, 1999, p.1333. Si è inoltre sostenuto (Ghezzi, Il contratto di agenzia, in Comm.cod.civ. a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.6) che l'agente promuove una attività intermediatrice per una generalità di contratti, mentre il mediatore si adopera solo per la conclusione di uno o più singoli affari. Da ciò emerge anche che mentre l'agenzia ha per oggetto una attività di cooperazione materiale, consistente nello svolgimento di un'attività preparatoria ed agevolatrice, diretta a far incontrare le parti interessati alla stipula dei contratti, la commissione invece, quale sottotipo del mandato, ha per oggetto il compimento di quegli atti giuridici, espressamente indicati dall'art.1731 cod. civ. (ovverosia l'acquisto o la vendita di beni per conto del committente ed in nome del commissionario) (cfr. Baldassari, in Comm.cod.civ., dir. da Cendon, Aggiornamento 1991-2001, Torino, 2002, p.1195).

<sup>61</sup> In questo senso Baldassari, cit., p.1195.

<sup>62</sup> Secondo Saracini-Toffoletto, Il contratto di agenzia, in Comm.cod.civ., dir. da Schlesinger, Milano, 1996, p.158, il procacciatore di affari dovrebbe infatti essere qualificato, a seconda dei casi concreti, o come un agente o come un mediatore. Prevale tuttavia la tesi dell'autonomia di siffatta figura contrattuale, rientrando nell'area della atipicità (Baldi, voce Agenzia, in Enc.giur.Treccani, p.47).

<sup>63</sup> Con l'ulteriore differenza che il procacciatore potrà pretendere la provvigione dalla parte dalla quale ha ricevuto l'incarico, mentre il mediatore dovrà rivolgersi ad entrambi i contraenti per i quali si è adoperato: De Luca, Cogliandro, D'Auria, Ronza, Dei singoli contratti, vol.II, Milano, 2002, p.228.

<sup>64</sup> La figura del contratto di agenzia non era contemplata nel previgente codice civile del 1865, essendo stata introdotta solamente nel codice civile del 1942, sulla scorta della normativa afferente al mandato (cfr. l'art.



1752 cod. civ., ai sensi del quale l'agente può essere dotato del potere di concludere direttamente gli affari in nome e per conto del preponente).

<sup>65</sup> In relazione al particolare rapporto che si instaura tra preponente ed agente si ritiene (Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1981, p.147) che il contratto di agenzia sia caratterizzato dall'*intuitus personae*. Questo carattere risulta dal carattere fiduciario del rapporto, carattere che rinvia conferma nell'ultimo comma dell'art. 1751 cod. civ.. La citata norma quale stabilisce infatti, sia pure implicitamente, che la morte dell'agente costituisce causa di scioglimento del contratto (in tal senso Formiggini, voce *Agenzia*, in *N.sso Dig.it.*, vol.I, Torino, 1957, p.405; Giordano, Jannello, Santoro, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Torino, 1974, p.300).

<sup>66</sup> Le reciproche prestazioni risultano espressamente dal tenore dell'art. 1742 cod. civ., ove è previsto da un lato che l'agente debba prestare la sua opera di promozione, dall'altro che il preponente debba corrispondergli la retribuzione pattuita. Quest'ultima si ritiene costituisca elemento essenziale del contratto. Nel caso in cui l'agente si obbligasse a titolo gratuito, non saremmo di fronte ad un contratto di agenzia, bensì piuttosto ad un contratto atipico (Formiggini, *Il contratto di agenzia*, Torino, 1958, p.91).

<sup>67</sup> Si tratta di un contratto ad esecuzione differita, giacché entrambe le prestazioni sono, per loro natura, necessariamente successive alla stipulazione del contratto (cfr. De Luca, Cogliandro, D'Auria, Ronza, *Dei singoli contratti*, vol.II, Milano, 2002, p.182).

<sup>68</sup> Così Zanelli, *Studi sull'agenzia*, Milano, 1968, p.107; Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1981, p.51.

<sup>69</sup> L'autonomia dell'agente implica la libera organizzazione del tempo, degli itinerari da seguire, dei clienti da visitare, sopportando egli le spese necessarie. Tutto ciò presuppone l'assunzione a carico dell'agente di un rischio (Baldi, voce *Agenzia*, in *Enc.giur.Treccani*, 1988, p.2). Fa perciò difetto il requisito dell'autonomia in relazione al c.d. "piazziista", il quale è un vero e proprio lavoratore dipendente. La stessa cosa si può dire per il "commesso viaggiatore" parimenti da considerare un lavoratore subordinato (Mirabelli, *Dei contratti in generale*, in *Comm.cod.civ.*, Libro IV, Torino, 1980, p.636).

<sup>70</sup> Mirabelli, cit., p.631.

<sup>71</sup> Il punto non è invero pacifico: secondo una giurisprudenza di merito (Tribunale di Reggio Calabria 13 giugno 2001) si tratterebbe di un formalismo *ad validitatem*. Non potrebbe darsi conto dell'esistenza e delle condizioni contrattuali né con la prova testimoniale, né in forza di elementi presuntivi né di confessione. Non si tratterebbe tuttavia di una forma prevista *ad substantiam actus*, onde si paleserebbe possibile la conferma e l'esecuzione volontaria di un contratto che, ancorché sprovvisto della veste prescritta dalla legge, non potrebbe dirsi comunque nullo. Invero si tratta di un orientamento del tutto criticabile che, tra l'altro, inaugura una nuova tipologia di formalismo che non pare avere alcun fondamento normativo.

<sup>72</sup> Il legislatore dopo avere sancito la natura irrinunciabile di questo diritto tace sulle conseguenze dell'eventuale rifiuto opposto da una delle parti alla consegna tanto del documento attestante la redazione del contratto quanto del patto aggiunto con cui è stato modificato il contenuto del primo: a giudizio di alcuni detto rifiuto si configurerebbe come inadempimento (Gualtierotti, *La disciplina del contratto di agenzia dopo il D.Lgs. 65/99*, in *Dir. e prat. del lav.*, 1999, p.1084), secondo altri invece riconoscerebbe il diritto, per la parte lesa dal rifiuto, di agire per ottenere la consegna del documento senza le limitazioni di prova conseguenti a quanto sancito dalla prima parte dell'art.1742 cod.civ. (così Bortolotti, *Le nuove norme sul rapporto di agenzia. Brevi note sul D.Lgs. 15 febbraio 1999 n.65*, in *Mass.Giust.lav.*, 1999, p.811). Sembra tuttavia indubbio che la qualificazione dell'irrinunciabilità del diritto alla consegna sia di carattere imperativo ed implichi la conseguente nullità di una eventuale clausola di rinuncia al diritto (Calzolaio, *Prime riflessioni sul contratto di agenzia dopo il D.Lgs. 15 febbraio 1999 n.65*, in *Nuove l.civ.comm.*, 1999, p.905).

<sup>73</sup> Anche oggi si deve ritenere che l'intervenuta modifica dell'art. 1742 cod. civ. non abbia mutato i termini della questione: la dichiarazione di recesso non richiede una determinata forma (cfr. l'art. 1750 cod. civ., che impone solo l'obbligo del preavviso). Perché essa possa produrre i propri effetti è tuttavia necessario che giunga a conoscenza dell'altra parte, onde deve reputarsi atto unilaterale recettizio a forma libera (Cass. Civ. Sez. Lavoro, 100/91).

<sup>74</sup> Baldi, *Il contratto di agenzia*, Milano, 1987, p.248.

<sup>75</sup> La ratio di tale norma viene identificata in un duplice interesse: uno di carattere corporativo, degli agenti stessi ed uno di carattere generale di tutela della produzione e dello scambio, in considerazione della natura fiduciaria dell'attività.

<sup>76</sup> Toffoletto, *La nuova disciplina del contratto di agenzia*, Milano, 1999, p.9; Ricardi, voce *Agente di commercio*, in *Dig.disc.pubbl.*, vol.IV, p.105.

<sup>77</sup> Di questa opinione Baldi, voce *Agenzia*, in *Enc.giur.Treccani*, 1988, p.5; Grezzi, *Del contratto di agenzia*, in *Comm.cod.civ.*, dir. da Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1970, p.33; Cagnasso, voce *Agenzia*, in *Dig.disc.priv.*, Torino, 1987, p.49; Arbore, *Agenti non iscritti al "ruolo" e compenso dell'attività*, in *Giur.it.*, 1988, I, p.61. *Contra* Franceschelli, in *Comm.cod.civ.*, libro IV, Torino, 1999, p.1337, a giudizio del quale, essendo stato escluso, per mezzo della riforma, il riferimento alla nullità, si dovrebbe parlare solo di fattispecie irregolare.

---

<sup>78</sup> Ai sensi della direttiva citata per la validità del contratto di agenzia è unicamente richiesto l'atto scritto (con il quale viene concluso il contratto), senza cioè la necessaria iscrizione nell'apposito albo. Il contrasto tra la normativa comunitaria e quella nazionale va perciò risolto disapplicando quest'ultima. La caduta del divieto di esercizio per gli agenti, di fatto comporta dunque anche il parallelo venir meno della causa di nullità dei contratti con agenti non iscritti (cfr. D'Andrea, Piena validità al contratto d'agenzia stipulato da chi non è iscritto all'albo, in Guida al diritto, 2000, n.29, p.100).