

**EUROPA E DIRITTO PRIVATO**

Fasc. 2 - 2009

Roberto Cippitani

---

**ONEROSITÀ E CORRISPETTIVITÀ:  
DAL DIRITTO NAZIONALE  
AL DIRITTO COMUNITARIO**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

## **ONEROSITÀ E CORRISPETTIVITÀ: DAL DIRITTO NAZIONALE AL DIRITTO COMUNITARIO**

**SOMMARIO:** 1. Premessa. - 2. La corrispettività e l'onerosità al centro del sistema civilistico. - 3. Rapporti a titolo oneroso e a titolo gratuito. - 4. Corrispettività e applicazione del diritto comunitario. - 5. Scambio e vantaggio. - 6. Il concetto di liberalità nelle sovvenzioni. - 7. Le prestazioni cortesi e gli altri atti di solidarietà non obbligatoria. - 8. Gli accordi di collaborazione. - 9. Il diritto dello spazio giuridico europeo.

1. Il diritto comunitario fa spesso uso di espressioni che richiamano i concetti giuridici di onerosità e corrispettività, e quelli contrapposti di gratuità e di mancanza di corrispettività.

Nelle fonti e nella giurisprudenza si parla così di contratti « a titolo oneroso ». A tali contratti, per esempio, si applica la disciplina dei pubblici appalti (art. 1, par. 2, lett. a, direttiva 2004/18/CE) e che generano operazioni ai fini dell'applicazione dell'IVA (v. art. 2, Sesta direttiva, in materia di IVA). Ma l'espressione « a titolo oneroso » serve a definire l'ambito di applicazione di molte altre materie (1).

Inoltre sono a titolo oneroso quei contratti utilizzati dalle Istituzioni comunitarie per ottenere « contro pagamento di un prezzo in tutto o in parte a carico del bilancio, la fornitura di un bene mobile o immobile, l'esecuzione di lavori o la prestazione di servizi » (articolo 88, paragrafo 1, regolamento n. 1605/2002).

In altre fonti si fa riferimento poi a concetti legati alla gratuità, come succede nella definizione delle sovvenzioni (*grant*) che costituiscono « contributi finanziari diretti a carico del bilancio, accordati a titolo di liberalità (2), per finanziare (...): a) un'azione destinata a promuovere la realizzazione di un obiettivo che si iscrive nel quadro di una politica dell'Unione europea; b) oppure il funzionamento di un organismo che persegue uno scopo di interesse generale europeo

---

(1) V. per esempio la definizione di « servizio aereo » contenuto nell'art. 2 n. 4, regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24-9-2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità.

(2) Nelle diverse versioni linguistiche, si usano i termini: *liberalité*, *donation*, *liberalidad*, *Zuwendungen* e così via.

o un obiettivo che si iscrive nel quadro di una politica dell'Unione europea » (art. 108 del regolamento n. 1605/2002).

La letteratura e la prassi sui finanziamenti pubblici spesso afferma che attribuzioni in favore dei beneficiari avverrebbero a « fondo perduto » o, appunto, in « modo gratuito » (3).

Anche la giurisprudenza della Corte di giustizia usa una terminologia riconducibile al campo semantico della corrispettività e onerosità. In queste ed altre espressioni si evocano nozioni elaborate negli ordinamenti nazionali. Non è detto, tuttavia, che il diritto comunitario si limiti a rinviare a tali concetti e a conferire ad essi il medesimo significato giuridico. Scopo dei prossimi paragrafi è tentare di stabilire quale sia la rilevanza del concetto di onerosità e corrispettività nel diritto comunitario.

Prima di procedere ad una analisi delle fonti comunitarie, è opportuno chiarire cosa si intende qui per corrispettività, onerosità e gratuità, e come si intende il suo ruolo nell'ambito del diritto nazionale.

2. Il diritto privato, così come rappresentato nel codice civile italiano e dalle altre grandi codificazioni europee (4), è costruito intorno ad una metafora patrimonialistica e individualistica (5).

Gli elementi del patrimonio, inteso come complesso di obbligazioni e diritti reali (6), sono disciplinati nella loro circolazione e aggregazione in capo ai soggetti (7).

(3) L'idea che le sovvenzioni siano gratuite è per esempio diffusa tra gli studiosi della disciplina sugli aiuti di Stato, come documenta M. Libertini, *Gli aiuti pubblici alle imprese e il diritto comunitario della concorrenza*, Il finanziamento agevolato delle imprese. Profili giuridici, a cura di S. Mazzamuto (Milano 1987), 167 s., spec. 174. Cfr., nel diritto spagnolo, la *Disposición Adicional Quinta* della *Ley General de Subvenciones*. Allo stesso modo si parla di gratuità nella dottrina francese. V., per es., J. Magnet, *Lexique. Droit budgétaire et comptabilité publique* (Paris 1980).

(4) S. Caprioli, *Il Codice civile. Struttura e vicende* (Milano 2008); J. L. Halperin, *L'impossible Code Civil* (Paris 1992).

(5) Cfr. per tutti la sistematica dei rapporti civili realizzata da F. C. Savigny, *Il sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, vol. I (Torino 1886), 337 s.

(6) V. anche la nozione « allargata » di diritti e rapporti patrimoniali utilizzata da B. Windscheid, *Diritto delle Pandette*, trad. it., di Fadda e Bensa (Torino 1930), vol. I, par. 42.

(7) Come è stato posto in luce, da C. Fadda e P. E. Bensa (note a B. Windscheid, *Diritto delle pandette* cit., nota k) « Per patrimonio s'intende... la somma di tutti i diritti di carattere patrimoniale spettanti ad una persona o destinati ad uno scopo. È la appartenenza alla persona, la destinazione ad uno scopo che cementa i diritti e ne fa uno solo ».

La normativa sui contratti e il diritto successorio assicurano il passaggio delle situazioni giuridiche patrimoniali.

La metafora patrimonialistica trova nel principio di economicità, e cioè sulla possibilità della valutazione in termini monetari degli obblighi e dei diritti, la sua dimensione unificante (8). Altre tipologie di rapporti, quali i rapporti familiari, oggi sono focalizzati sul mantenimento delle persone fisiche (e in particolare la cura dei minori) che non hanno una immediata rilevanza patrimoniale (9). In ogni modo è solo nell'ultimo quarto del secolo scorso che i rapporti familiari hanno perso molte delle loro implicazioni patrimoniali e comunque, ancora oggi, essi partecipano alla circolazione del patrimonio fornendo i presupposti ed i limiti della successione necessaria e testamentaria (10).

Nell'edificio del diritto privato, fondato sui codici, gli spostamenti patrimoniali devono avvenire in modo giustificato e la giustificazione viene offerta, solitamente, da un movimento patrimoniale in senso inverso. Qualsiasi diminuzione patrimoniale di un soggetto deve essere giustificata o altrimenti riequilibrata dall'ordinamento giuridico, attraverso regole quali l'indennizzo nel caso di danno ingiusto o di spostamento patrimoniale senza causa (11).

---

(8) Il principio generale intorno al quale ruota il diritto privato è costituito dalla « economicità ». L'economicità è una manifestazione della giuridicità. Come è scritto a proposito della obbligazione, nella *Relazione al Re* al codice civile (al n. 23), questa deve essere suscettibile di valutazione economica « senza di che non si potrebbe attuare la coercizione giuridica predisposta dal diritto in caso di inadempimento ». Prescrivere, nell'ambito del diritto privato, significa imporre comportamenti e prevedere conseguenze che è possibile misurare per mezzo dei valori monetari. In termini economici si può valutare la prestazione dedotta nelle obbligazioni (art. 1174 c.c.), la cosa oggetto dei diritti (art. 810 c.c.), i diritti che cadono in successione, e così via.

(9) A. Palazzo, *La filiazione* (Milano 2007) 511 s.; R. Cippitani, *La ricerca giuridica e il diritto di famiglia* (Milano 1998), 71 s.

(10) Savigny dedicava una parte interessante delle sue riflessioni alle conseguenze di ordine « patrimoniale » dei rapporti di famiglia. Anzi sosteneva che è proprio il complesso di queste conseguenze che conferisce alla famiglia il suo « carattere propriamente giuridico » Savigny, *Sistema del diritto romano attuale* cit., 378.

(11) La reazione agli ingiustificati arricchimenti compare non solo nel nostro ordinamento, ma può considerarsi un principio generale riconosciuto in moltissimi sistemi giuridici vigenti o storici, anche assai diversi tra di loro: P. Stein, *I fondamenti del diritto europeo*, trad. it. (Milano 1987) 253 s. introduce questo principio tra quelli comuni alla cultura giuridica dell'Europa occidentale antica e attuale). Istituti riconducibili al principio studiato sono presenti nel diritto romano (si pensi alla *conductio*, che aveva soprattutto

I contratti sono il principale strumento di circolazione degli elementi patrimoniali, come risulta particolarmente evidente nella definizione contenuta nell'art. 1321 del codice civile italiano, ma che appare anche nelle definizioni degli altri codici (12). La disciplina dei contratti si regge sul concetto di scambio, e cioè di onerosità. Ai soggetti, eguali sotto il profilo formale, viene assicurata la libertà dello scambio e la loro volontà nella regolamentazione dello scambio è sovrana.

Lo scambio si realizza principalmente attraverso la corrispettività, e cioè attraverso l'interdipendenza delle prestazioni (13) nel-

tutto una funzione restitutoria di cose passate da un soggetto ad un altro senza ragione giustificativa: cfr. V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto romano*, IX ed., (Napoli 1982), 360 s.), come in quello comune (Dig. 12. 4-7, 13. 1. Cod. 4. 5-9. V. sul punto l'opera fondamentale di Windscheid, *Il diritto delle Pandette* cit., vol. II, par. 421 s.); nei diritti di *civil law*, come negli ordinamenti anglo-americani. L'elaborazione del principio nel diritto anglosassone può essere fatto risalire al lavoro pionieristico di Lord Mansfield, *Moses v. Macferlan* del 1760, che introdusse nel diritto inglese la categoria del quasi-contratto. Successivamente, a partire da Lord Summer (in *Sinclair v. Brougham* del 1914), questa categoria fu revocata in dubbio e le relative ipotesi spiegate attraverso l'espeditivo dell'*hypothetical agreement*. Oggi, sia nel diritto inglese che in quello americano, si ritorna a parlare di quasi-contratti e si ammette il principio dell'*unjust benefit* o *unjust enrichment*. Per uno sguardo generale sull'argomento cfr. C.G. Cheshire - C.H. Fifoot - M.P. Furmston, *Law of Contract*, (London-Dublin-Edinburgh 1991) XII ed.

(12) Gli altri codici europei traducono il carattere patrimoniale nelle obbligazioni di dare o fare. V. l'art. 1101 *code civil*: « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelques chose* », e l'art. 1254 del codice civile spagnolo: « *El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio* ».

(13) F. Galgano, *Il negozio giuridico*, Tratt. dir. civ. comm., diretto da Cicu e Messineo (Milano 1988), 465 s. Nei contratti con prestazioni corrispettive tra le prestazioni « si stabilisce (...) uno speciale nesso logico, che è la corrispettività e che consiste nella interdipendenza fra esse, per cui, ciascuna parte non è tenuta alla propria prestazione, senza che sia dovuta la prestazione dell'altra » [F. Messineo, *Dottrina generale del contratto* (Milano 1948), 234]; l'una prestazione, come è stato detto con immagini diverse, è « scopo » (V. Relazione del Ministro Guardasigilli al codice civile n. 660), « presupposto » (Messineo, *Dottrina generale del contratto* cit., 234) « causa » [F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* (Napoli 1989), 225], « in funzione » [F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato* (Napoli 1994) 787] di quella della controparte.

l'ambito del medesimo contratto (14). La corrispettività è la modalità principale con cui si esprime la metafora patrimonialista del codice, così come accade per concetti analoghi, seppure non identici, presenti in altri ordinamenti europei quali il contratto bilaterale o sinallagmatico (15) del *code civil* (16), il *Gegenseitiger Vertrag* nel BGB (§§ 320 ss.) (17), il *bilateral contract* del *common law* (18).

(14) Per il codice civile, infatti, la corrispettività è lo scambio reciproco di beni e servizi, attraverso un unico strumento negoziale A. Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive* (Padova 1963), 145.

(15) Qui non si entra nel merito della differenza tra contratto bilaterale e sinallagmatico. Tali espressioni sono divenuti sinonimi nel codice Napoleone, attraverso l'opera di Pothier, che la trae da Labeone così come citato da D. 50.16.19; ma ciò senza tenere conto che in D. 2.14.7.2 il contratto sinallagmatico è quel contratto innominato, che fa comunque nascere la *obligatio civilis*.

(16) Fin dai primi anni di vigenza del codice del 1942, il contratto con prestazioni corrispettive è stato spesso identificato con il contratto bilaterale o sinallagmatico, conosciuto nel codice Napoleone (art. 1102 *code civil*) e nei codici civili che da questo sono derivati (come quello italiano previgente, v. art. 1099 c.c. 1865). L'art. 1099 del codice civile del 1865 definiva « bilaterale » il contratto nel quale i contraenti si obbligavano reciprocamente. Il contratto bilaterale si opponeva così a quello « unilaterale », nel quale, per l'art. 1100 c.c. prev., uno o più contraenti si obbligavano nei confronti di altri, senza che questi ultimi assumessero obbligazioni. L'identificazione tra contratto con prestazioni corrispettive e contratto sinallagmatico è dipeso dalla circostanza che i contratti bilaterali sono caratterizzati dalla risolubilità per inadempimento (v. l'art. 1184 *code civil* e l'art. 1165 del codice italiano previgente). Visto che, nel codice italiano attuale, i contratti con prestazioni corrispettive sono risolubili per inadempimento (art. 1453 c.c.), si è ritenuto che la corrispettività equivalesse al sinallagma. Per quanto riguarda la critica alla identificazione tra contratto con prestazioni corrispettive e contratto bilaterale, per tutti cfr. Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive* cit., 12 s.

(17) Il *Gegenseitiger Vertrag* è quel contratto per il quale si pone il problema del collegamento temporale delle prestazioni: la parte obbligata può proporre l'eccezione di inadempimento (*Einrede des nichterfüllten Vertrags*, § 320), e cioè rifiutare la propria prestazione, fino al momento dell'esecuzione della controprestazione, a meno che debba adempiere per prima; nel caso in cui la parte debba eseguire una prestazione per prima, inoltre, può rifiutare la prestazione se la controprestazione è messa a rischio dalla mancanza di capacità di adempiere (« eccezione di incertezza », *Unsicherheitseinrede*, § 321); la parte che agisce per ottenere la controprestazione deve eseguire la propria prestazione (*Verurteilung zur Lieistung Zung-um-Zug*, § 322); se una delle parti non esegue la prestazione, l'altra, dopo aver fissato un congruo termine, ha diritto al « recesso » (*Rücktritt*, § 323 s.).

(18) La distinzione tra *unilateral* e *bilateral contract* ha il fine di stabi-

L'importanza del contratto corrispettivo o bilaterale non si avverte subito nella storia del diritto, ma si insinua progressivamente. Nel diritto romano, anche senza tenere conto delle difficoltà nel ricostruire una figura unica di contratto o negozio, la giuridicità dei rapporti dipendeva dalla formalità di promesse unilaterali, come accadeva nelle *stipulationes* (19); in epoca classica viene individuato l'accordo come aspetto che qualifica la categoria generale delle *conventiones* (Ulpiano) (20). È Labeone ad introdurre la distinzione tra il *contractum* ed il semplice *actum*, identificando il carattere distintivo del primo nella reciprocità dell'obbligarsi (21). Si tratta di una classificazione che non trova accoglimento nel Digesto, ma che viene in qualche modo ripresa nella differenza tra *pactum* e *pollicitatio* operata dai giuristi medievali. Secondo gli storici il *pactum* esprime meglio l'idea di *equitas* che sta alla base dell'accordo nel diritto medievale in quanto: « Nello schema pattizio... la condizione patrimoniale di ciascuna parte non viene sottoposta a detimento, poiché l'obbligazione risultante per l'una trova contemperamento nel complementare vincolo che pesa sull'altra » (22). La *pollicitatio*, invece, comportando una obbligazione in capo ad un unico soggetto, viene ammessa soltanto nelle ipotesi marginali previste dal diritto comune. Questa preferenza per i contratti bilaterali si afferma definitivamente, in epoca moderna, nelle opere dei pandettisti (23), che

---

lire una diversa disciplina della *consideration*. Sui diversi significati di « *consideration* », v. G. Alpa, *Il contratto tra passato e avvenire*, saggio introduttivo a G. Gilmore, *La morte del contratto*, trad. it. di *The Death of Contract* (Milano 1988), IX s., spec. XXII s.; G. Gorla, *Consideration*, Enc. dir., X, Milano, 1962, 176 s.; P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 4<sup>a</sup> ed. (Oxford 1989), 124 ss. Nell'*unilateral contract* « *the promise only becomes binding when the consideration has been actually executed, that is, performed* ». Nel *bilateral contract* la *consideration* consiste in *mutual promises*. Ogni *promise* svolge un duplice ruolo: « *is at once a promise and a consideration for the other promise* ». In questo caso come regola generale « *mutual promises must stand or fall together* ».

(19) Stein, *I fondamenti del diritto europeo* cit., 242 s.

(20) G. Pugliese, *Istituzioni di diritto Romano* (Torino 1985), 248 s.

(21) E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, vol. II, parte I (Padova 1962), 80 s.

(22) Tra gli altri R. Volante, *Il sistema contrattuale nel diritto comune classico* (Milano 2001), 36.

(23) Per B. Windscheid, *Diritto delle pandette*, trad. it. (Torino 1930), vol. II, libro IV, § 320, 343. « Una classe particolarmente importante fra i contratti obbligatori è costituita da quelli, che sono rivolti ad effettuare uno scambio di prestazioni; ognuna delle parti contraenti deve per la prestazione, che essa viene autorizzata ad esigere, essere a sua volta obbligata a dare un equivalente in una prestazione propria. Questi contratti si chiamano bilaterali (*zweiseitige*),

giungono ad elaborare una nozione generale di contratto e di negozio (24).

Nell'ordinamento italiano, analogamente a quanto accade negli altri sistemi europei, i contratti con prestazioni corrispettive sono oggetto di una specifica attenzione del legislatore, in quanto presentano problemi caratteristici, che vengono in rilievo soprattutto nel caso della formazione (v. soprattutto la normativa intorno alla rescissione per lesione) e della patologia del contratto (con le disposizioni che riguardano: la risoluzione per inadempimento; l'impossibilità sopravvenuta; l'eccessiva onerosità). In tutti questi casi il venir meno della prestazione di una delle parti mette in crisi l'intera impostazione del contratto, vista l'interdipendenza della prestazione della controparte nell'ambito del medesimo strumento negoziale.

Ma al di là dei problemi giuridici che sono chiamati a risolvere, nozioni come quelle di corrispettività (o di bilateralità) hanno una portata ben più ampia. Tali nozioni sono diventate esse stesse un valore giuridico, in quanto traducono in termini contrattuali una certa idea di giustizia (25), e sono alla base della nozione stessa di contratto.

In ordinamenti come quello inglese l'idea di contratto è inscindibilmente legata al concetto di scambio (*bargain*) (26), che deve nor-

meglio commutativi (*wechselseitige*), o reciproci (*gegenseitige*), quelli che non hanno l'indicato contenuto, contratti unilaterali (*einseitige*) ».

(24) Anche i pandettisti sottolineano il profilo volontaristico, rispetto a quello del contenuto patrimoniale. Per Savigny, infatti, « Contratto in generale è l'accordo di più persone in una stessa manifestazione di volontà, in un *idem placitum*, per la determinazione di dati loro rapporti giuridici. Questi rapporti possono poi essere della più diversa natura; rapporti di diritto internazionale, di diritto pubblico, di diritto privato. Nel diritto privato il contratto può intervenire in tutte le parti del sistema, nel diritto di famiglia, nei diritti reali, e nelle obbligazioni. Nel campo delle obbligazioni infine il contratto può servire tanto a costituirle che ad estinguerle », F. C. Savigny, *Le obbligazioni*, trad. it. di G. Pacchioni (Torino 1915), vol. II, 6.

(25) Per il concetto di giustizia in senso contrattuale, v. R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, Trattato di diritto civile, diretto da R. Sacco, II (Torino 2004), 22. Per un'analisi della giustizia contrattuale come equilibrio (nelle diverse concezioni) si rinvia ampiamente a A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato* (Perugia 2006), 19 s.

(26) Cfr. G. Alpa, *Il contratto tra passato e avvenire*, cit., XIX ss.; C.G. Cheshire - C.H. Fifoot - M.P. Furmston, *Law of Contract* cit., 71 s.; v. anche la definizione di « *gift* » riportata da W. Blackstone, W. Morrison, *Blackstone's Commentaries on the Laws of England: In Four Volumes* (Routledge Caven-dish 2001), 438 s.: « *The English law does not consider a gift, strictly speaking, in the light of a contract, because it is voluntary, and without consideration; whereas a contract is defined to be an agreement upon sufficient consideration to do or not to do a particular thing.* ».

malmente costituire la *consideration* di una promessa azionabile. Negli altri ordinamenti si può parlare di un vero e proprio dogma della « bilateralità », come osserva Sacco (27).

Il codice civile italiano disciplina per lo più contratti con prestazioni corrispettive, mentre sono eccezionalmente considerate ipotesi diverse quali i contratti associativi agrari, il contratto di società, il consorzio, il contratto di associazione in partecipazione. Il codice italiano del 1942, inoltre, in aggiunta a quanto accadeva nel codice del 1865 e in altre legislazioni europee, contiene alcune disposizioni riguardanti i contratti « plurisoggettivi con comunione di scopo », con l'obiettivo di distinguerli dai contratti corrispettivi per un diverso rapporto tra prestazioni (28) e per i particolari problemi tecnici che comportano (29). Prima dell'entrata in vigore del codice, tali rapporti venivano esclusi dalla categoria dei contratti, oppure, al limite, erano relegati nel generico insieme dei « negozi plurilaterali » (30). Questa diffidenza è stata riaffermata anche sotto la vigenza del nuovo codice: la scelta del legislatore di dettare regole per i negozi plurisoggettivi.

(27) R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Trattato di diritto comparato, diretto da R. Sacco, V edizione, 2006, 75 s.

(28) In questi contratti le prestazioni sono disposte in parallelo [G. Ferri, *Contratto plurilaterale*, Noviss. Dig. it., IV, (Torino 1968), 680; F. Messineo, *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, Enc. dir., X (Milano 1962), 147]; esse non soddisfano interessi antagonisti (Messineo, *Contratto plurilaterale e contratto associativo* cit.), ma un interesse comune alle parti, inteso come collaborazione al raggiungimento di uno scopo comune (F. Messineo, *Contratto plurilaterale e contratto associativo* cit.), organizzazione di una comunione di interessi [T. Ascarelli, *Il contratto plurilaterale*, Studi in tema di contratti (Milano 1952), 115; V. Salandra, *Il contratto plurilaterale e la società di due soci*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1949, 842], o un'attività comune tale da soddisfare gli interessi delle parti (G. Ferri, *La società di due soci*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1952, 613).

(29) Per il codice del 1942, tali contratti presentano problemi specifici come la sorte dell'intero rapporto in caso di un evento che comprometta una sola delle prestazioni (v. artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.); oppure l'adesione di nuove parti (art. 1332 c.c.), o la manifestazione della volontà durante l'attuazione dell'accordo (arg. ex art. 1332 c.c. e con riguardo alla disciplina delle società, associazioni, consorzi e così via). Inoltre per tali contratti non si potrebbero utilizzare gli strumenti previsti dalla legge per i contratti con prestazioni corrispettive, come la diffida ad adempiere o l'eccezione di inadempimento.

(30) Sulla storia di questo tipo di contratti prima del codice del 1942, v. A. Belvedere, *La categoria contrattuale di cui agli artt. 1420, 1446, 1459, 1466 c.c.*, Riv. trim. proc. civ., 1971, 662 s., spec. 680; S. Maiorca, voce *Contratto plurilaterale*, Enc. giur., vol. IX (Roma 1988), 1 s., spec. 2 s.; G. Villa, *Inadempimento e contratto plurilaterale* (Milano 1999), 1 s.

tivi con comunione di scopo è stata infatti giudicata « singolare » (31). Oggi solitamente si ammette, sulla base dell'espressa previsione di legge, il carattere contrattuale di questi negozi, sebbene permangano dubbi sulla contrattualità di alcune ipotesi, come gli le società e gli accordi « normativi » (32). In ogni modo la critica si è spostata sulla possibilità di individuare una categoria omogenea (33), anche per le scarse e contraddittorie indicazioni del testo del codice (34).

Comunque si è soliti considerare questo tipo di contratti come alternativo al modello imperante dello scambio (35). Soltanto qualche autore, ricostruendo con maggiore attenzione il concetto di onerosità in senso giuridico, riconosce anche che i contratti con comunione di scopo realizzano lo scambio (36).

I concetti del campo semantico dello scambio hanno poi una sorprendente forza espansiva. Essi infatti esorbitano dal campo civilistico e si affermano anche in altre branche del diritto, come quello amministrativo (37) o tributario (38). Lo scambio ha poi una proie-

---

(31) Principale sostenitore di questa tesi è Messineo, sia prima che dopo l'entrata in vigore del codice civile del 1942. V. in proposito F. Messineo, *Il negozio giuridico plurilaterale* (Milano 1927); Id., voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo*, Enc. dir., X (Milano 1962), 139 s.

(32) Messineo, *Dottrina generale del contratto* cit., 36 e 62.

(33) T. Ascarelli, *Studi in tema di contratti* (Milano 1952), 160; R. Boaffi, *La società semplice* (Milano 1947), 91 s.; G. Osti, voce *Contratto*, Nuov. Dig. it., IV, (Torino 1938), 65.

(34) Pur ammettendo la categoria, v. A. Belvedere, voce *Contratto plurilaterale*, Dig. disc. priv., sezione civile, IV (Torino 1989), 270 e s.; v. 275 s.; Messineo, voce *Contratto plurilaterale e contratto associativo* cit., 159 s., che sottolinea come il codice pone un legame necessario tra l'elemento strutturale (la pluralità delle parti) e quello funzionale (lo scopo comune), che potrebbero invece verificarsi separatamente.

(35) Maiorca, *Contratto plurilaterale* cit., 17, che comunque ritiene che le disposizioni che fanno riferimento ai contratti plurilaterali sono la manifestazione di una apertura del codice a un modello contrattuale diverso da quello basato sullo scambio.

(36) Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive* cit., passim, spec. 106 s.; V. R. Casulli, voce *Donazione*, diritto civile, Enc. dir., XIII (Milano 1964), 967 s.

(37) Nelle fonti che regolano l'attività contrattuale delle università, per esempio, si osserva una predilezione per i contratti con prestazioni corrispettive, e una correlativa limitazione della capacità negoziale per i contratti non corrispettivi. Sulla questione ci si permette di rinviare a R. Cippitelli - V. Colcelli, *Diritto privato europeo e capacità negoziale delle università*, Rass. Giur. Umbra n. 2/2007, 967 s.

(38) L'amministrazione finanziaria italiana non sembra considerare contratti quelli senza prestazioni corrispettive. V., ad esempio, la Risoluzione

zione nel diritto commerciale, dove la definizione di impresa (art. 2082 c.c.) riguarda soltanto i soggetti che professionalmente e formalmente producono e scambiano beni e servizi (le società, gli imprenditori commerciali; non le associazioni, le fondazioni o gli enti pubblici, di cui si parla emblematicamente nel primo libro del codice). Il contratto di scambio, in definitiva, è alla base della nozione di mercato (39). Infatti lo scambio è la dimensione principale dei rapporti tra le imprese, mentre sono rare le ipotesi di collaborazione, come accade nei consorzi (art. 2602 c.c.).

L'assenza di corrispettività come eccezione. — Nel diritto civile tradizionale all'onerosità si oppone la gratuità. In modo speculare alla disciplina della onerosità, la gratuità si esprime fondamentalmente attraverso la mancanza della corrispettività (oppure la mancanza della bilateralità) (40). Una particolare disciplina viene poi prevista per quegli atti gratuiti che determinano un arricchimento di un soggetto e depauperamento di un altro (art. 769 c.c.; art. 894 *code civil*) (41).

I contratti gratuiti ricevono un trattamento decisamente particolare rispetto a quelli onerosi: essi sono ammissibili soltanto in ipotesi circoscritte; sono visti come eccezioni alle regole generali; addirittura sono considerati pregiudizievoli per le ragioni dei creditori.

Per quanto riguarda la scarsa rilevanza dei rapporti gratuiti, si deve innanzitutto osservare che la maggior parte dei contratti regolati dai codici sono con prestazioni corrispettive. I tipi contrattuali che nascono a titolo gratuito (come il comodato ed il deposito) sono piuttosto rari. Le donazioni sono ammissibili soltanto per spirito di liberalità (art. 769 c.c.; art. 618 *código civil*) (42), e cioè se realizzate

287/E/III-7-1061 del 28-12-1995 (Min. Fin., Dipartimento Entrate - Dir. Centr. Affari Giuridici e Contenzioso) e la Risoluzione n. 183/E del 11-6-2002.

(39) V. in proposito, l'opinione di R. Sacco, *Il contratto*, Trattato di diritto civile, a cura di R. Sacco, I (Torino 2004), 310 s.

(40) Sulle differenti nozioni di gratuità v. C.M. Bianca, *Diritto civile*, I contratti (Milano 1997), 466; V.R. Casulli, *Donazione (diritto civile)*, Enc. dir., XIII (Milano 1964), 966 s., spec. 967; F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato* (Napoli 1996), 788 s.; U. Carnevali, *Liberalità (atti di)*, Enc. dir., XXIV (Milano 1974), 216 s.; R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, Tratt. dir. civ., diretto da Sacco, II (Torino 1993), 456 s.

(41) Come si è detto « non può essere tutelato giuridicamente un affare che produca, a favore di un soggetto, un acquisto patrimoniale, se l'acquisto non fa parte di uno scambio economico (ivi compresa la cooperazione economica), ovvero non sia giustificato dalla liberalità », Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive* cit., 106.

(42) Pothier affermava che « *Nous n'admettons dans le droit François que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit la donation entre-vifs et la testamentaire. La donation entre-vifs est une convention par laquelle une*

in modo « spontaneo » (cfr. art. 1050 c.c. 1865) (43) e attraverso la forma dell'atto pubblico (v., per esempio l'art. 782 ss. c.c.; cfr. anche gli artt. 931 ss. *code civil* e l'art. 632 *código civil* per i beni mobili). Sulla stessa linea è il *common law*, in cui il *gift* è valido se espresso attraverso una forma determinata (*under seal*) (44) e per i beni mobili attraverso la *delivery* (45). La tendenza a circoscrivere le ipotesi di gratuità ammette poche eccezioni: da un lato si prevede che solo alcune ipotesi di donazione non siano vestite della forma sacramentale (v. artt. 770, 785, 793 c.c.); dall'altro si ammette che gli atti di liberalità possano comunque realizzarsi anche attraverso « atti diversi » (art. 809 c.c.), in modo da chiudere il sistema ed evitare di aggirare i limiti agli atti gratuiti.

*personne, par libéralité se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte* » [R. J. Pothier, *Ouvres, Traité des Propres, des Donations Testamentaires, Des Donations entre Vifs, des Personnes et des Choses*, XIII (Parigi 1823), 225] e riguardo allo spirito di liberalità: « *Une donation est une libéralité qu'on fait à quelqu'un, sans y être obligé, liberalitas nullo jure cogente facta* » [R. J. Pothier, *Ouvres, Traité du Douaire et des Donations*, IX (Parigi 1821), 5].

(43) A. C. Jemolo, *Lo spirito di liberalità*, Studi Vassalli, II (Torino 1960), 973 s.; Casulli, *Donazione* cit., 969. La giurisprudenza romana contrapponeva *liberalitas a necessitas*. Nel Digesto si afferma che « *nemo in necessitatibus liberalis existat* » (Mod.D., 34, 4, 18) e « *donare videtur quod nullo iure cogente conceditur* » (D. 50, 17, 82). V. sul punto G. Archi, *Donazione (diritto romano)*, Enc. dir., XIII (Milano 1964), 930 s., spec. 935.

(44) Cfr. Commissione per il diritto europeo dei contratti, I principi di diritto europeo dei contratti, edizione italiana a cura di C. Castronovo, Note all'art. 2:107 (Milano 2001), 171 s. Mancando il requisito della formalità, come accade nel nostro ordinamento, l'attribuzione patrimoniale è nulla anche se destinata a scopi sociali. Sul punto v., ad esempio, S. Bradley, *Creating Enforceable Pledge Agreements*, Charity Law Bulletin n. 66, 31-3-2005, 1 s., che prende in considerazione il caso *Brantford General Hospital Foundation v. Marquis Estate*, in cui la Ontario Superior Court of Justice ha negato la vincolatività di una donazione promessa dalla Signora Marquis al Brantford Hospital, senza la forma prevista dal *Common Law* e che l'esecutore testamentario del donante si era rifiutato di adempiere.

(45) Blackstone - Morrison, *Blackstone's Commentaries on the Laws of England: In Four Volumes* cit., 439: « *Gifts inter vivos have no reference to the future, and go into immediate and absolute effect. Delivery is essential, both at law and in equity, to the validity of a parol gift of a chattel or chose in action; and it is the same whether it be a gift inter vivos or causa mortis... Without actual delivery, the title does not pass. A mere intention, or naked promise to give, without some act to pass the property, is not a gift... The necessity of delivery has been maintained in every period of the English law. Donatio perficitur possessione accipientis, was one of its ancient maxims* ».

In quanto eccezione alle regole generali, i contratti tipici a titolo gratuito non seguono il principio consensuale, così che gli viene spesso imposto il carattere della realtà (46). Inoltre, nel contratto gratuito viene attenuato l'obbligo del promittente in tema di responsabilità e garanzia (artt. 789, 798, 1266, 1710, 1768, 1821 c.c.). In questi casi, la legge afferma che la responsabilità per colpa è da valutare con minore rigore (artt. 1710, 1768, 1821 c.c.), oppure che è da limitarsi alla sola colpa grave o al dolo (art. 789 c.c.; cfr. l'art. 1821 c.c.); nei casi in cui la prestazione consiste in un dare, si circoscrive l'operatività della responsabilità per i vizi (art. 798 c.c.) e per l'evizione (art. 797 c.c., art. 1266 c.c.). La gratuità, inoltre, si riverbera sull'interpretazione, la quale deve essere condotta nel modo di rendere meno gravoso possibile l'adempimento dell'unico obbligato (art. 1371 c.c.). Questa serie di eccezioni dipende dalla circostanza che, visti dalla prospettiva patrimonialistica, i contratti a titolo gratuito prevedono la prestazione di una sola parte, la quale deve essere tutelata in via principale rispetto a quella che ottiene solo i benefici del contratto.

Al di fuori del rapporto, inoltre, la gratuità è considerata come un pregiudizio dei terzi creditori, in quanto provoca un depauperamento del disponente (47). Da questa prospettiva, l'ordinamento giuridico prevede un trattamento diverso a seconda se un contratto è oneroso o gratuito, ai fini della revoca degli effetti pregiudizievoli per i creditori o per altre categorie di soggetti come i legittimari. Si pensi alla diversa disciplina delle presunzioni per l'azione revocatoria, sia ordinaria (art. 2901 c.c.), sia fallimentare (artt. 64 e 67 l. fall.), a seconda che l'atto sia qualificato oneroso o gratuito; oppure si prenda in considerazione la normativa sull'azione di riduzione per integrare la quota dei legittimari (art. 564 ss. c.c.). Solo per via interpretativa si arriva ad escludere dalla disciplina predetta i contratti a titolo gra-

(46) Secondo Rodolfo Sacco (v. per esempio in R. Sacco, *De Nova, Il contratto* cit., 709 s.) la realtà per questo tipo di contratti sta ad indicare che per essi manca la causa, costituita, negli altri contratti, dallo scambio.

(47) Come si è fatto notare da più parti, infatti, non è sempre detto che l'atto gratuito comporti un depauperamento in senso tecnico. Si pensi alla «donazione [che] ha per oggetto beni di valore puramente morale, storico o affettivo come lettere o ricordi di famiglia e così via » A. Checchini, *Liberalità*, Enc. giur., XVIII (Roma 1990), 1 s., spec. 3. Si deve ricordare, inoltre, che all'eventuale depauperamento non sempre corrisponde un arricchimento del beneficiario dell'atto gratuito, come accade nei casi appena prospettati o nella donazione modale, in cui il valore del modo è di valore del bene oggetto dell'atto. La *lupletatio-depauperatio* non era necessaria neppure nel diritto romano, come invece poi sostenne Savigny. V. sul punto Archi, *Donazione* cit., 935 s.

tuito che non importino un depauperamento permanente e sostanziale del patrimonio (48).

Tutte le altre ipotesi di gratuità, come quelle relative alle prestazioni cortesi, sono ancora più marginali nell'ordinamento civilistico. Nel diritto italiano, se ne parla soltanto a proposito del trasporto amichevole di persone e bagagli su nave di cui all'art. 414 c. nav. (applicabile anche al trasporto aereo ai sensi del rinvio contenuto nell'art. 919 c. nav.). Il diritto civile tradizionale non conosce poi fenomeni come la donazione di organi, sangue o altri tessuti, il volontariato, le altre prestazioni volontarie di solidarietà non obbligatorie (49), i contratti e gli altri atti compiuti dagli enti pubblici per adempiere al dovere costituzionale di solidarietà (art. 2 cost.), e così via (50). Si tratta di materie introdotte dall'elaborazione giurisprudenziale e dalla legislazione degli ultimi anni, che suscitano ancora perplessità e incertezze, se guardate dalla prospettiva del diritto civile tradizionale.

In effetti la gratuità intesa in senso tradizionale, seppure costituisce l'opposto dell'onerosità, ne rappresenta comunque la necessaria alternativa (cfr. le definizioni di cui agli artt. 1102, 1103 e 1105, 1106 *code civil*; art. 1274 *código civil*) (51). Materie come quelle da ultimo citate, appaiono invece come una negazione dell'intero sistema, e per questo difficilmente comprensibili per il diritto civile tradizionale.

3. Occorre prima di tutto capire se nel diritto comunitario le espressioni quali « a titolo oneroso » o « titolo gratuito » abbiano lo stesso significato che hanno nel diritto civile nazionale.

Tali espressioni sono utilizzate, per esempio, nella normativa in materia di imposta sul valore aggiunto e di appalti.

(48) Carnevali, *Liberalità (atti di)* cit., 216 s.

(49) Per la definizione della categoria si rinvia a A. Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi, I contratti gratuiti*, a cura di A. Palazzo - S. Mazzarese, Trattato dei contratti, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli (Torino 2008), 17 s.

(50) Per un esame di singole fattispecie riguardanti le prestazioni volontarie e quelle riguardanti l'obbligo di solidarietà, si rinvia a A. Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni*, Tratt. dir. civ., diretto da Sacco (Torino 2000), 3 s.

(51) Cfr. anche Pino, *Il contratto con prestazioni corrispettive* cit., 106, per il quale « Oggi, come già in passato, la causa del riconoscimento è rappresentata da un'alternativa: o scambio o liberalità, nel senso cioè che non può essere tutelato giuridicamente un affare che produca, a favore di un soggetto, un acquisto patrimoniale, se l'acquisto non fa parte di uno scambio economico (ivi compresa la cooperazione economica), ovvero non sia giustificato dalla liberalità. Il contratto dunque è valido quando è a titolo oneroso, quando cioè costituisce uno scambio in senso economico, sia in ordine all'interesse delle parti, sia in ordine alla utilità sociale ».

Rapporti a titolo oneroso e l’Imposta sul Valore Aggiunto. — La legge IVA, infatti, considera « operazioni », le cessioni di beni e le prestazioni di servizi « a titolo oneroso » (52).

Per la giurisprudenza comunitaria riguardante la nozione di « servizio », l’operazione è a titolo oneroso quando vi è un « nesso diretto » tra il servizio reso e il controvalore effettivamente ricevuto (53). Il nesso diretto non si realizza quando il controvalore è eventuale (54), non obbligatorio (55), o quando non può essere messo in diretta connessione con le somme pagate (56).

Seppure il « nesso diretto » sembra richiamare la nozione di « corrispettività », quest’ultima non è una condizione necessaria, né sufficiente per l’esistenza di una operazione imponibile.

Per la legge, infatti, la realizzazione del presupposto oggettivo

(52) Ai sensi dell’art. 2, par. 1, direttiva 2006/112/CE del Consiglio del 28-11-2006 (relativa al sistema comune d’imposta sul valore aggiunto) « Sono soggette all’Iva le operazioni seguenti: a) le cessioni di beni effettuate a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro da un soggetto passivo che agisce in quanto tale; b) gli acquisti intracomunitari di beni effettuati a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro... c) le prestazioni di servizi effettuate a titolo oneroso nel territorio di uno Stato membro da un soggetto passivo che agisce in quanto tale; d) le importazioni di beni. ».

(53) V. Corte eur. giust. 5-2-1981, causa 154/80, *Coooperatieve Aardappelenbewaarplaats*, Racc. 445.

(54) È il caso di produttori agricoli che pagano una somma ad un ente che li rappresenta, senza che, secondo il giudice comunitario, è possibile stabilire quale servizio ciascuno dei produttori realizzi. Corte eur. giust. 8-3-1988, causa 102/86, *Apple and Pear Development Council / Commissioners of Customs and Excise*, Racc. 1988, 1443.

(55) Si pensi all’ipotesi delle offerte dei passanti agli artisti di strada. Come ha spiegato l’Avvocato generale Lenz (Conclusioni del 20-1-1994, causa C-16/93, *R.J. Tolsma / Inspecteur der Omzetbelasting Leeuwarden*, Racc. 1994, I-00743, punto 17): « A mio giudizio non si può, in circostanze del genere, parlare di una prestazione “effettuata a titolo oneroso”. In mancanza di un prezzo o di altro controvalore in qualche modo riferibile ad una pattuizione in ordine ad uno scambio non sussiste infatti alcuna connessione diretta tra la prestazione effettuata e i redditi prodotti. Questi ultimi dipendono piuttosto dalla spontanea decisione di alcuni passanti di versare una somma a loro discrezione ».

(56) Come ha affermato la Corte eur. giust. 6-10-1997, C-258/95, *Julius Fillbeck Söhne GmbH & Co. KG / Finanzamt Neustadt*, Racc. 1997, I-05577, punto 18): « il datore di lavoro, che a partire da una determinata distanza provveda al trasporto dei propri dipendenti dal loro domicilio fino al luogo di lavoro, a titolo gratuito e senza un nesso concreto con la prestazione lavorativa o con la retribuzione, non effettua una prestazione di servizi a titolo oneroso ai sensi di tale disposizione ».

dell'IVA può trovare origine anche riguardo a contratti senza prestazioni corrispettive. È il caso del contratto di società, nell'ambito del quale sono imponibili sia l'assegnazione dei beni ai soci, sia il conferimento di singoli beni (mentre il conferimento delle aziende e dei rami di azienda è escluso dal campo dell'imposta) (57). È inoltre soggetta ad IVA la cessione a titolo gratuito di beni da parte dell'imprenditore ai terzi (58).

Ma ai fini dell'applicazione dell'imposta sul valore aggiunto non è neppure necessario che vi sia un contratto. Ciò, non solo perché la stessa legge adotta una espressione molto ampia, come accade nell'art. 3, d.p.r. 633/1972, dove si prescrive che il presupposto di imposta ricorre quando la prestazione di servizi dipende « in genere da obbligazioni di fare, non fare, di non fare e di permettere quale ne sia la fonte ». Inoltre la legge qualifica come presupposti fatti specie che non possono ricondursi certo ai contratti, come accade per l'espropriazione di pubblico interesse (59) e per l'autoconsumo dell'imprenditore (v. art. 16, direttiva 2006/112/CE citato e l'art. 2, co. 2 n. 5 d.p.r. 633/1972). Questo nesso diretto ricorre, per esempio, nel caso di una società che organizzava un concorso a premi, che prevedeva una quota di partecipazione. Il rapporto tra la società ed i partecipanti al concorso è stato così considerato a titolo oneroso e quindi imponibile ai fini IVA (60), non rilevando la mancanza di corrispettività.

La corrispettività non è neppure una condizione sufficiente affinché un contratto sia rilevante per l'imposta sul valore aggiunto. Occorre, infatti, che l'« operazione » non sia esclusa dal campo di applicazione dell'IVA (v. soprattutto gli artt. 2 e 3 d.p.r. 633/1972) e che siano realizzati i presupposti territoriali (definiti dall'art. 7) e

---

(57) L'art. 19 della direttiva 2006/112/CE considera il conferimento come operazione IVA, anche se è ammessa una diversa previsione da parte della norma nazionale di recepimento.

(58) V. l'art. 16 della direttiva IVA « È assimilato a una cessione di beni a titolo oneroso il prelievo di un bene dalla propria impresa da parte di un soggetto passivo il quale lo destina al proprio uso privato o all'uso del suo personale, lo trasferisce a titolo gratuito o, più generalmente, lo destina a fini estranei alla sua impresa, quando detto bene o gli elementi che lo compongono hanno dato diritto ad una detrazione totale o parziale dell'IVA ». In virtù di quanto detto, inoltre, non è rilevante che un contratto sia oneroso o meno, visto che realizzano il presupposto dell'imposta atti probabilmente gratuiti, come è per i beni dati in beneficenza (non certo la cessione di beni gratuitamente ai clienti, fornitori o per scopo pubblicitario, che si è visto rientrano tra i contratti onerosi ma senza prestazioni corrispettive).

(59) V. art. 14, co. 2, lett. a), direttiva 2006/112/CE; v. anche l'art. 13, co. 2, lett. a), d.p.r. 633/1972.

(60) Corte eur. giust. 17-9-2002, causa 498/99, *Town & County Factors Ltd/ Commissioners of Customs & Excise*, C-Racc. 2002, I-07173.

temporali (cfr. art. 6). Soprattutto, affinché un contratto sia rilevante per l'imposta sul valore aggiunto deve ricorrere il presupposto soggettivo, e cioè che la parte che cede il bene, o presta il servizio, ricada nella previsione di cui agli artt. 4 e 5 della legge IVA (lo svolgimento di un'attività d impresa, di un'arte o di una professione).

Nella normativa dell'IVA, pertanto, il concetto di cessione di beni o prestazioni di servizi a titolo oneroso, non richiama necessariamente quello di corrispettività, come osserva la stessa dottrina tributarista (61). La normativa tributaria, più in generale, si sviluppa intorno a nozioni quali soggetto passivo, presupposto di imposta, base imponibile e così via, funzionali al prelievo tributario (62).

(61) V. Filippi, *Le cessioni di beni nell'imposta sul valore aggiunto* (Padova 1984), 79 s., la quale dopo aver rilevato « (...) la difforme formulazione normativa utilizzata per qualificare, nell'ambito del requisito oggettivo dell'imposta [sul valore aggiunto], le cessioni di beni e le prestazioni di servizio ricorrendo alla corrispettività per questi ultimi e alla onerosità per le prime », si chiede « se le differenti espressioni siano o meno adoperate nella normativa fiscale con lo stesso significato, esame che deve necessariamente partire dalle considerazioni raggiunte dalla dottrina civilistica ». Dall'esame della normativa tributaria e della teoria civilistica arriva alla conclusioni che: « In realtà [in campo tributario] sembra essersi accolta fiscalmente una concezione più complessa e sfumata di onerosità senza eccessive preoccupazioni dogmatiche (...) dall'esame degli artt. 2, 3, 6, 13 del decreto sembra evincersi che, ai fini dell'applicazione del tributo, sia voluto dare rilievo, indipendentemente dalla terminologia adoperata, a quella categoria di atti in cui ciascuna parte riceve una prestazione che si trova in un certo rapporto con quella che essa adempie, in antitesi a quella in cui non vi è controprestazione. E ciò trova conferma nella relazione ministeriale al decreto delegato nella quale ci si riferisce a norme particolari che vengono... previste per la determinazione della base imponibile relativa ad alcune operazioni per le quali non esiste una controprestazione (come, ad esempio, in caso di autoconsumo esterno, di cessioni gratuite o di prestiti di consumo) o nelle quali la controprestazione consiste, totalmente o parzialmente nella cessione di un bene o nella prestazione su un servizio. Si può pertanto ritenere che le due espressioni — onerosità e corrispettività — vadano interpretate nella disciplina I.V.A. nella stessa accezione ». In particolare « Il termine corrispettivo è (...) più ampio in quanto il prezzo è l'espressione in denaro del corrispettivo. E poiché, come si è visto, le espressioni di corrispettività ed onerosità sono usate nel decreto n. 633 come coincidenti, tale ultima nozione non si riferisce solo ai pagamenti effettuati in moneta. La nozione di onerosità accolta dal decreto può ritenersi quindi molto lata, sempre che sia correlata alla cessione di un bene o alla prestazione di un servizio ».

(62) Tra le definizioni di diritto tributario, v. per esempio, quella di Fantozzi per il quale « *Diritto tributario* può definirsi... il complesso di norme

Dalla prospettiva del diritto tributario, tuttavia, tali concetti vanno opportunamente connotati (63).

In questo processo di connotazione dalla prospettiva tributaria, i concetti appartenenti alle altre branche del diritto spesso perdono la loro complessità semantica, per manifestare soltanto quei tratti necessari alla legge fiscale. Da questa prospettiva, per esempio, quelli che sono negozi per il diritto civile, diventano « fatti giuridici in senso stretto » (64) per il diritto tributario (65), dove svolgono la funzione di presupposto di imposta, senza che di essi si possano predicare, in modo utile alla interpretazione, qualità come corrispettività, la bilateralità e così via.

Quando ci si chiede se un certo rapporto rientri nel campo di applicazione dell'IVA, pertanto, non si vuole stabilire se tale rapporto presenta i caratteri e i problemi posti dai contratti con prestazioni corrispettive nel diritto privato, ma se si verifichino tutti i presupposti (soggettivi, oggettivi, territoriali) della fattispecie tributaria e non ricorrono ipotesi di esenzione.

Rapporti a titolo oneroso e normativa sui contratti pubblici. — L'espressione « a titolo oneroso » è utilizzata, inoltre, nella definizione di « pubblico appalto » (art. 1, paragrafo 2, lettera a), direttiva 2004/18/CE; art. 3 d.lgs. 163/2006, Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture).

La normativa in parola si applica in tutti i casi in cui viene affidata da « un'amministrazione aggiudicatrice » (66) ad un « operatore

---

e di principi che presiedono all'istituzione e all'attuazione del tributo » [Fantozzi, *Diritto tributario* (Torino 1994), I, 4].

(63) Sul concetto di connotazione nell'attribuzione di senso alla legge, utilizzato in queste pagine, v. R. Cippitani, *Il diritto diviso* (Padova 1998).

(64) Per la definizione di « fatti giuridici in senso stretto », cfr. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile* cit., 106 s.

(65) Cfr. sul punto Fantozzi, *Diritto tributario* cit., 7.

(66) Ai sensi dell'art. 1, par. 2 n. 9 della direttiva 2004/18/CE si considerano « amministrazioni aggiudicatici »: lo stato, gli enti pubblici territoriali, gli organismi di diritto pubblico e le associazioni costituite da uno o più di tali enti pubblici territoriali o da uno o più di tali organismi di diritto pubblico. Riguardo al concetto di organismo di diritto pubblico, la Corte di giustizia, utilizza una definizione « funzionale » e non formale. La Corte con sentenza del 20-9-1998, nella causa *Gebroeders Beentjes BV* (causa C 31/87, Racc. 1988, 4635) ha precisato che « la finalità della direttiva, consistente nella effettiva attuazione della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi in materia di appalti di lavori pubblici, sarebbe infatti compromessa se l'applicazione del regime della direttiva dovesse essere esclusa per il solo fatto che un appalto di lavori pubblici è stato aggiudicato da un ente che, pur essendo stato creato per svolgere funzioni attribuitegli dalla

economico » l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti e la prestazione di servizi, in qualunque modo in cui l'appaltatore consegua una utilità. Tale utilità si può realizzare non soltanto attraverso contratti con prestazioni corrispettive, ma per mezzo di altri strumenti come il collegamento negoziale o i contratti di collaborazione.

È stato per esempio ricondotto alla disciplina comunitaria degli appalti, il rapporto tra un'amministrazione e un soggetto che svolga opere di urbanizzazione senza percepire un corrispettivo, ma beneficiando (da parte dell'amministrazione) di un provvedimento di esenzione o riduzione degli oneri di urbanizzazione (67). Pur in mancanza di un contratto con prestazioni corrispettive, sono considerate riconducibili alla disciplina dei pubblici appalti le concessioni relative a servizi o beni pubblici, quando il concessionario percepisce corrispettivi dagli utenti del servizio o comunque consegue utilità in altra maniera (68). È il caso dell'affidamento del servizio di tesoreria da parte di un ente pubblico non economico, in una recente pronuncia del Consiglio di Stato. Per il giudice la disciplina comunitaria in materia di appalto si applica al caso in esame, in quanto « pur in assenza di un corrispettivo pecunionario a carico dell'ente pubblico, viene in rilievo un'utilità contendibile *sub specie* di vantaggio pubblicitario e di avvicinamento ad una clientela di notevoli dimensioni, che danno la stura ad un'ipotesi paradigmatica di rilevanza economica indiretta » (69). La circostanza che il servizio venga svolto mediante

---

legge, non rientra formalmente nell'amministrazione statale. Di conseguenza, si deve ritenere che un organismo le cui funzioni e la cui composizione sono, come nella fattispecie, contemplate dalla legge e che dipende dalla pubblica amministrazione per quanto riguarda la nomina dei suoi membri, la garanzia degli obblighi derivanti dai suoi atti e il finanziamento degli appalti anch'esso ha il compito di aggiudicare, rientri nella nozione di Stato ai sensi della summenzionata disposizione, anche se formalmente non fa parte dello Stato » (Punti 11 e 12 della motivazione). La sentenza in parola, pertanto, identifica il concetto di « organismo di diritto pubblico », attraverso tre elementi: la personalità giuridica, il perseguimento di interessi di carattere non industriale e commerciale e la prevalenza di finanziamento pubblico.

(67) V. Corte eur. giust. 12-7-2001, causa C-399/98, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e al.*, Racc. 2001, I-5409.

(68) È il caso della vendita di sabbia da parte dell'utilizzatore di una spiaggia appartenente al demanio: cfr. Commissione europea, decisione 4-11-2005, Società Jean-Claude Decaux n. 247298.

(69) Cons. Stato, Sez. VI, 10-1-2007 n. 30, [www.altalex.it](http://www.altalex.it) con commento di A. Del Dotto, *L'attività negoziale delle p.a. non si sottrae ai principi del Codice degli appalti*.

lo strumento della concessione (70), inoltre, non impedisce l'applicazione della disciplina generale in materia di contratti pubblici (71).

La disciplina dei pubblici appalti si applica ad altri contratti senza prestazioni corrispettive, come accade nei contratti di collaborazione.

Si pensi alla costituzione di società e alla stipula di altri accordi con comunione di scopo, per mezzo dei quali realizzare un'opera, una prestazione di un servizio (72). Nello stesso senso è l'interpretazione della giustizia amministrativa italiana. Questo principio è affermato dalla legislazione vigente, come il d.p.r. 16 settembre 1996 n. 533, regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, nonché dall'interpretazione della giurisprudenza amministrativa. Il Consiglio di Stato, infatti, ha affermato che: « La scelta del socio di società di capitali istituita per la gestione di servizi pubblici locali deve avvenire previo esperimento di una procedura concorsuale » (73), e che « la scelta del socio nella formazione delle società miste previste dall'art. 113 lett. e) d.lgs. 18 agosto 2000 n. 267 deve seguire le procedure di evidenza pubblica, conformemente ai principi concorrenziali ormai immanenti nell'ordinamento, che impongono il ricorso a tale procedura tutte le volte in cui debba essere effettuata la scelta di un operatore privato chiamato a svolgere attività per conto e nell'interesse dell'amministrazione » (74).

Più in generale il Codice degli appalti prescrive che « Nei casi in cui le norme vigenti consentono la costituzione di società miste per la realizzazione e/o gestione di un'opera pubblica o di un servizio, la scelta del socio privato avviene con procedure di evidenza pubblica » (art. 1, co. 2).

---

(70) V. l'art. 1, co. 4, direttiva 2004/18 e art. 3, co. 12, d.lgs. 163/2006, definiscono la concessione di servizi come « un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo ».

(71) Alle concessioni di servizi non si applica la disciplina comunitaria sugli appalti (art. 17 direttiva 2004/18/CE) ma comunque i principi generali ed in particolare il divieto di non discriminazione. L'interpretazione di questa esenzione è inoltre molto stretta, v. Corte eur. giust. 18-7-2007, C-382/05, Commissione/Italia, Racc. 2007, I-6657. V. anche il commento di S.R. Maserà in Urbanistica e appalti n. 5/2008, 581 s.

(72) V. ampiamente Commissione, Libro verde sul parternariato pubblico-privato, 30 aprile 2004, COM (2004) 327 def.

(73) Cons. Stato, Sez. V, 30-4-2002 n. 2297, Foro it., 2002, III, 553 nota di Scotti.

(74) Cons. Stato, Sez. V, 3-9-2001 n. 4586, Riv. Corte Conti, 2001, f. 5, 258.

Quindi la normativa sui pubblici appalti è applicabile quando la collaborazione dell'amministrazione è finalizzata alla realizzazione di opere, servizi, forniture « per conto e nell'interesse dell'amministrazione » medesima (cfr. la già citata sentenza Consiglio di Stato 4586/2001). Una tale regolamentazione della partecipazione ai contratti di collaborazione si basa sulla necessità di evitare che la normativa dei pubblici appalti venga aggirata, mediante la stipula di contratti senza prestazioni corrispettive (come contratti d'opera, di appalto, di somministrazione e così via).

Occorre poi sottolineare che anche i casi di esclusione della disciplina sugli appalti non sono determinati dalla mancanza di corrispettività del rapporto, ma da esigenze di tipo diverso. È il caso delle imprese ad economia sociale (75), che, compatibilmente con gli obiettivi del Trattato di Roma, possono beneficiare di deroghe particolari (v. art. 52 codice italiano sugli appalti; art. 19, direttiva 2004/18/CE; art. 28, direttiva 2004/17/CE) (76).

Da quanto detto, le espressioni « a titolo oneroso » e « a titolo gratuito », non sembrano corrispondere al concetto di corrispettività o mancanza di corrispettività del diritto civile nazionale. Analoghe considerazioni potrebbero farsi a proposito di concetti similari contenuti nella legislazione di altri paesi.

4. Il diritto comunitario non solo non utilizza direttamente concetti come quello di corrispettività. Ma la giurisprudenza comunitaria si preoccupa di evitare l'equivoco che l'assenza di corrispettivo impedisca l'applicazione delle norme europee: la libera circolazione; la parità di genere soprattutto nei rapporti di lavoro; la tutela del consumatore; la disciplina della concorrenza; il riavvicinamento della legislazione nei contratti della pubblica amministrazione e in materia fiscale.

In effetti gli ordinamenti nazionali, come si è ricordato sopra, inducono a ritenere che chi dispone di un bene o svolge un'attività senza un corrispettivo, debba essere tenuto a obblighi meno intensi di chi, invece, percepisce un prezzo. Questo minore rigore è giustificato dalla logica patrimonialistica, ma rischia di contrastare con il raggiungimento degli obiettivi del diritto comunitario, come si può osservare da alcuni esempi.

Il mercato interno è inteso, dal diritto dell'Unione europea,

(75) V. il Libro verde della Commissione, « L'imprenditorialità in Europa », COM(2003) 27, del 21-1-2003.

(76) Per quanto riguarda le cooperative sociali nell'ordinamento italiano, v. l'art. 5, l. 381/1991, nel testo vigente, così come novellato dall'art. 20, l. 52/1992. Sull'argomento v. F. Bano, *Tra Solidarietà e concorrenza: il ruolo delle cooperative sociali nella recente legislazione*, Lavoro e dir., 2000, 403 s.

come spazio della libera circolazione dei soggetti (77), in particolare i lavoratori dipendenti e autonomi. Il diritto derivato e la giurisprudenza comunitaria hanno inteso la nozione di « lavoratore » in modo sempre più ampio, in quanto, come afferma la Corte di giustizia, detta nozione costituisce il presupposto dell'applicazione delle libertà fondamentali assicurate dal Tratto di Roma (78). Secondo la giurisprudenza comunitaria, per « lavoratore » deve intendersi qualsiasi persona fisica che svolga attività « reali ed effettive » a favore e sotto la direzione di un'altra persona, percependo una retribuzione (79). Ma anche il concetto di retribuzione è stato applicato fino a ricoprendervi anche il semplice rimborso delle spese di sostentamento. È così considerato lavoratore anche chi effettua un tirocinio nell'ambito della formazione professionale; ciò in quanto tale tirocinio può essere considerato come una preparazione pratica all'esercizio dell'attività lavorativa (80), e per il fatto che il tirocinante percepisce un contributo per il proprio sostentamento (81); oppure è stato considerato « lavoratore » anche la persona che svolge un progetto individuale di inserimento presso un ente con finalità sociali e assistenziali, anche se percepisce benefici in natura (per esempio vitto e alloggio) e qualche somma di denaro per le piccole spese (82). Questo seppur minimo riferimento all'attività lavorativa è stato progressivamente abbandonato, per effetto dell'applicazione di disposizioni dei Trattati che (implicitamente o esplicitamente) prevedono la libertà di circolazione delle persone fisiche (83) e poi per l'introduzione del concetto di « cittadinanza europea » (v. l'art. 17 del Trattato CE dopo le modifiche introdotte dal Trattato di Maastricht e la Carta dei diritti

---

(77) L'Unione Europea ha l'obiettivo di « promuovere un progresso economico e sociale e un elevato livello di occupazione e pervenire a uno sviluppo equilibrato e sostenibile » (articolo 2, Trattato UE). Questo obiettivo viene realizzato, in particolare, mediante la creazione di uno « spazio senza frontiere interne » (articolo da ultimo citato).

(78) Cfr. Corte eur. giust. 23-3-1982, causa 53/81, *Levin/Segretario di Stato per la giustizia dei Paesi Bassi*, Racc. 1985, 1035.

(79) V., tra le altre, Corte eur. giust. 3-7-1986, causa 66/85, *Lawrie-Blum*, Racc. 2121, punti 16 e 17; Corte eur. giust. 26-2-1992, causa C-3/90, *Bernini*, Racc. I-1071; Corte eur. giust. 7-9-2004, causa C-456/02, *Trojani*, Racc. 2004, I-7573, punto 15.

(80) V. Corte eur. giust. *Lawrie-Blum* cit., punto 19 e sentenza *Bernini* cit., punto 15.

(81) V. Corte eur. giust. 17-3-2005, C-109/04, *Karl Robert/Land Nordrhein-Westfalen*, Racc. 2005, I-2421, punti 15 e 16.

(82) V. la sentenza *Trojani* cit., punti 20 s. che si riferisce all'Esercito della Salvezza.

(83) Per esempio in materia di istruzione e formazione, ricerca e sviluppo tecnologico, scambi culturali e così via.

fondamentali). Oggi, ai fini dell'esercizio del diritto di circolazione e di stabilimento, è richiesto semmai al cittadino di dimostrare di avere i mezzi di sostentamento, ma « è irrilevante che tali mezzi siano suoi o altrui e, in quest'ultima ipotesi, che la persona che li fornisce vi sia obbligata in forza di un vincolo giuridico più o meno stretto oppure lo faccia per mera liberalità » (84).

La mancanza di corrispettività è presa in considerazione nell'ambito della disciplina riguardante la « tutela del consumatore », considerata come uno degli interessi fondamentali dell'Unione. Questa tutela viene realizzata almeno sotto due profili: con riguardo alla sua salute e attraverso una disciplina dei contratti con le imprese. Ebbene questa legislazione di favore si applica indipendentemente dalla circostanza che il rapporto sia o meno a titolo oneroso, come è stato affermato con riferimento alle attività promozionali (85).

La mancanza di corrispettività viene considerata come strumento per violare la normativa sulla concorrenza. Si pensi al caso della giurisprudenza *Independent Television Publication* (86), dove il rifiuto di autorizzare la pubblicazione del palinsesto televisivo alle imprese potenzialmente concorrenti e la contemporanea autorizzazione gratuita ad utilizzare le informazioni da parte di altri soggetti comporta l'effetto di « frapporre ostacoli alla produzione ed allo smercio di un prodotto nuovo, per il quale esiste una domanda potenziale da parte dei consumatori » (punto 58 della motivazione).

Un altro esempio è quello della normativa sui marchi, che deve applicarsi anche a coloro che prestano servizi a titolo gratuito (87).

(84) Conclusioni dell'Avvocato generale Dámaso Ruzi-Jarabo Colomer presentate il 25-10-2005 1, causa C-408/03, *Commissione/ Regno del Belgio*, Racc. 2006, I-2647.

(85) V., per esempio, Comunicazione della Commissione in merito alle promozioni commerciali nel mercato interno, COM (2001) 546 def., soprattutto con riferimento alla tutela dei consumatori minori.

(86) Tribunale di primo grado 10-7-1991, causa T-76/89, *Independent Television Publication Limited/Commissione*, Racc. 1991, II-575.

(87) V. le Conclusioni dell'Avvocato generale Mazák del 18-9-2008, causa C-442/07, *Verein Radetzky-Orden/Bundesvereinigung Kameradschaft « Feldmarschall Radetzky »*, Racc. 2008, ancora non pubblicata, punto 28, che afferma: « Reputo quindi infondata l'affermazione dell'Orden secondo cui la mera attività senza scopo di lucro costituita dalla raccolta e dalla distribuzione di offerte non potrebbe essere tutelata dalla legge sui marchi d'impresa. A tale proposito desidero far notare, in particolare, il fatto che la "raccolta di fondi caritatevoli" è specificatamente menzionata alla classe 36 dell'Accordo di Nizza. Inoltre... non ritengo che la formulazione "usare nel commercio" di cui all'art. 5 della direttiva 89/104, che elenca i diritti conferiti da un marchio, richieda che i prodotti e i servizi siano forniti a scopo di lucro o, appunto, a titolo oneroso. La questione se il titolare del marchio utilizzi

Oppure si pensi alla definizione di « messa a disposizione sul mercato », di cui alla Decisione n. 768/2008/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 luglio 2008, relativa a un quadro comune per la commercializzazione dei prodotti e che abroga la decisione 93/465/CEE, che riguarda « la fornitura di un prodotto per la distribuzione, il consumo o l'uso sul mercato comunitario nel corso di un'attività commerciale, a titolo oneroso o gratuito ».

Da un altro punto di vista, la circostanza che un dato rapporto sia a titolo oneroso non sembra giustificare, nel diritto comunitario, la mancata applicazione di una certa normativa comunitaria. Così è stato deciso che il costitutore di una banca di dati, che concede l'accesso a titolo oneroso, non può escludere la consultazione di tale banca dati da parte di detti terzi a fini di informazione (88). A meno che la visualizzazione su schermo del contenuto della banca di dati richieda il trasferimento, permanente o temporaneo, della totalità o di una parte sostanziale di tale contenuto verso un altro supporto, operazioni per le quali è richiesta l'autorizzazione (v. quarantaquattresimo “considerando” della direttiva 96/9).

5. Per le normative fino ad ora citate, quella riguardante l'IVA e i contratti pubblici, più che la corrispettività, sembrerebbe rilevante lo scambio di utilità in certi rapporti, qualunque sia la tecnica giuridica utilizzata per realizzarlo.

Inoltre per altre normative assume rilievo la mancanza di scambio e il conseguente vantaggio patrimoniale di uno dei soggetti coinvolti. È il caso emblematico della normativa sulla concorrenza ed in particolare quella che riguarda gli aiuti di Stato (89).

Come noto la Comunità deve garantire « che la concorrenza non sia falsata » (art. 3, lettera g), Trattato CE). Sono così vietati « tutti gli accordi tra imprese, tutte le decisioni di associazioni di imprese e tutte le pratiche concordate che possano pregiudicare il commercio tra Stati membri e che abbiano per oggetto o per effetto di impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune » (art. 85, par. 1, Trattato CE). Tra le ipotesi che falsano il gioco della concorrenza vi sono quelle che realizzano una ingiustificata posizione concorrenziale di vantaggio di una impresa rispetto alle altre.

---

quel segno per il proprio arricchimento personale non è rilevante ai fini di determinare se il marchio ha formato oggetto di uso effettivo in conformità dell'art. 12 n. 1, della direttiva 89/104 ».

(88) Corte eur. giust. 9-10-2008, C-304/07, *Directmedia Publishing GmbH/ Albert-Ludwigs-Universität Freiburg*, ancora non pubblicata, punto 53; v. anche Corte eur. giust. 9-11-2004, causa C-203/02, *The British Horseracing Board e a.*, Racc. 2004, I-10415.

(89) Per una visione generale del tema, v. F. Scaglione, *Il diritto antitrust*, Diritto privato del mercato, a cura di A. Palazzo e A. Sassi (Perugia 2007), 387 s., spec. 429 s.

È stata così considerata illegittima la vendita di propri prodotti ad un prezzo di molto inferiore a quello di listino, in quanto compensata dal versamento di una somma di denaro da un terzo (nella specie un azionista interessato a che l'impresa concladesse comunque un affare considerato prestigioso) (90). In questa ipotesi si realizza un vantaggio del venditore che, non corrispondendo ad un sacrificio del compratore, comporta la violazione della disciplina sulla concorrenza. Un altro caso di vantaggio considerato illegittimo è quello dell'impresa che dà in comodato, alle imprese acquirenti dei propri prodotti, un frigocongelatore con la clausola di utilizzo esclusivo del frigorifero per i prodotti del comodante (91).

Nel quadro della normativa comunitaria sulla concorrenza sono inoltre vietati o limitati gli aiuti di Stato, e cioè finanziamenti pubblici alle attività economiche se questi « favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza » (v. art. 87, par. 1, Trattato CE).

Tali aiuti possono consistere in qualunque « decisione unilaterale ed autonoma degli Stati membri, presa per il perseguimento di finalità economiche e sociali loro proprie, di fornire risorse alle imprese a ad altri soggetti dell'ordinamento, o di procurare loro vantaggi destinati a favorire la realizzazione delle finalità economiche o sociali perseguitate » (92).

Anche la normativa sugli aiuti di Stato utilizza una nozione di vantaggio economico di un soggetto rispetto ad un altro, che prescinde dalla tecnica contrattuale utilizzata. Gli strumenti tecnici per realizzare un aiuto di Stato possono essere i più diversi, come emerge dall'interpretazione del giudice comunitario e della Commissione: « Il concetto di aiuto vale a designare... non soltanto prestazioni positive del genere delle sovvenzioni, ma anche interventi i quali, in varie forme, alleviano gli oneri che normalmente gravano sul bilancio di un'impresa e che di conseguenza, senza essere sovvenzioni in senso stretto, ne hanno la natura e producono identici effetti » (93). Le forme con cui possono essere attribuiti aiuti di Stato possono essere così molteplici: abbuono interessi su di un presti-

(90) Corte eur giust. 12-7-1962, causa 16/61, *Acciaierie e Fonderie Modena / Alta autorità CEC*A

(91) Cfr. Tribunale di primo grado 23-10-2003, causa T-65/98, *Van den Bergh Foods Ltd/Commissione*, Racc. 2003, II-4653.

(92) Corte eur. giust. 7-3-1980, causa 61/79, *Amministrazione delle finanze dello Stato / Denkavit italiana*, Racc. 1980, 1205. Più di recente v., per esempio, Tribunale di primo grado 5-4-2006, causa T-351/02, *Deutsche Bahn / Commissione*, Racc. 2006, II-1047.

(93) Corte eur giust. 11-7-1996, causa C-39/94, *SFEI e.a.*, Racc., I-3547, punto 58. Più di recente tra le altre, v. Corte eur. giust. 15-6-2006, cause riunite C-393/04 e C-41/05, *Air Liquide Industries Belgium*, Racc. 2006,

to (94), mutui a tasso agevolato (95), partecipazioni in società (96), sgravi fiscali (97) e contributivi (98), l'inerzia nel percepire i contributi previdenziali (99), la rinuncia a crediti fiscali (100), mancato assoggettamento di certe imprese a strumenti di tutela dei lavoratori in caso di licenziamento (101), diminuzione delle tariffe sotto il controllo dello stato (102), la vendita di beni a condizioni preferenziali (103), gli aiuti accordati da enti pubblici e privati di ogni genere (104), e così via.

Si potrebbe ritener che i contratti con prestazioni corrispettive, stipulati dagli enti pubblici per l'acquisto di beni e servizi, non determinino una violazione della normativa sugli aiuti di stato. Ma ciò è vero soltanto quando non si realizzi un vantaggio, e cioè, per esempio, quando il corrispettivo « copre debitamente tutti i costi aggiuntivi variabili sopportati per la fornitura (...), un contributo adeguato ai costi fissi (...) nonché una remunerazione adeguata dei capitali e qualora nessun indizio faccia ritenere che tali elementi siano stati sottovalutati o stabiliti in modo arbitrario » (105).

Infatti, come è stato affermato in giurisprudenza « (...) il fatto

---

I-5293; Tribunale di primo grado 7-6-2006, causa T-613/97, *Ufex e.a. / Commissione*, Racc. 2006, II-1531.

(94) Corte eur. giust. 8-3-1988, cause riunite 62/87 e 72/87, *Exécutif régional wallon / Commissione*, Racc. 1988, 1573.

(95) Tribunale di primo grado 30-4-1998, *Cityflyer Express / Commissione*, T-16/96, Racc. 1998, II-757.

(96) Corte eur giust. 14-11-1984, causa 323/82, *Intermills / Commissione*, Racc. 1984, 03809.

(97) Corte eur giust. 15-3-1994, causa C-387/92, *Banco Exterior de España / Ayuntamiento de Valencia*, Racc. 1994, I-877.

(98) Corte eur giust. 17-6-1999, causa C-75/97, *Belgio / Commissione*, Racc. 1999, I-3671.

(99) Corte eur giust. 29-6-1999, causa C-256/97, *DM Transport*, Racc. 1999, I-3913.

(100) Corte eur giust. 19-9-2000, causa C-156/98, *Germania / Commissione*, Racc. 2000, I-6857.

(101) Corte eur giust. 30-11-1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack / Sidal*, Racc. 1993, I-6185.

(102) Corte eur giust. 2-2-1988, cause riunite 67, 68 e 70/85, *Van der Kooy / Commissione*, Racc. 1988, 219.

(103) Tribunale di primo grado 6-3-2002, cause riunite T-127/99, T-129/99 e T-148/99, *Diputación Foral de Álava e.a. / Commissione* Racc. 2002, II-1275.

(104) Corte eur giust. 30-1-1985, causa 290/83, *Commissione / Francia*, Racc. 1985, 00439.

(105) Corte eur giust. 3-2-2003, causa 83/01 P, *Chronopost / Ufex e.a.*, Racc. 2003, I-6993.

che si tratti di un'operazione a titolo oneroso non è sufficiente per dimostrare che non si è in presenza di un aiuto di Stato ai sensi dell'art. 92 [ora art. 87] del Trattato, poiché siffatta operazione a titolo oneroso può essere sempre effettuata a un tasso che rappresenta un vantaggio preferenziale » (106).

Da quanto si è detto, nel diritto comunitario appare con grande evidenza lo scambio, o al contrario la mancanza di scambio, si possono realizzare indipendentemente dalla presenza o assenza di corrispettività. Il che non è sempre chiaro nel diritto nazionale e soprattutto nel diritto italiano. Nel codice civile del 1942 e nella legislazione fallimentare, infatti, il pregiudizio per i creditori sembra discendere da tutti i rapporti a titolo gratuito, in quanto soltanto questi ultimi non determinerebbero uno scambio in senso economico. Solo in via interpretativa (soprattutto tenendo conto di disposizioni come l'art. 809 c.c.) si arriva a comprendere che il pregiudizio dei creditori è determinato da tutti quegli atti che comportano una diminuzione patrimoniale, siano essi a titolo gratuito, ma anche quelli con prestazioni corrispettive (come nel *negotium mixtum cum donatione*). Solo attraverso una visione più ampia di quanto suggerito dalla lettera della legge, si può inoltre affermare che lo scambio si può realizzare anche per mezzo di contratti a titolo gratuito, opportunamente collegati tra di loro (107).

6. La rilevanza dello scambio in senso economico o della mancanza di esso, tuttavia, non significa che il diritto comunitario accoglie la nozione di onerosità o gratuità, così come si è descritta sopra. Infatti nelle normative esaminate (IVA, appalti, concorrenza, aiuti di Stato) non si prendono in considerazione i problemi civilistici affrontati dalle nozioni di onerosità e gratuità, come la tutela dei terzi creditori.

Così come osservato a proposito delle espressioni « a titolo oneroso » e « a titolo gratuito », non deve trarre in inganno la terminologia delle fonti comunitarie. Si pensi all'espressione « a titolo di liberalità », contenuta nell'art. 88 del Regolamento 1605/2002 a proposito delle sovvenzioni comunitarie.

Il rapporto tra la Commissione europea e i beneficiari della sovvenzione non appare fondato su di una *liberalitatis causa*. Nella fattispecie in esame, non si può parlare di *animus* liberale visto che gli enti finanziatori non perseguono la liberalità, ma hanno per obiettivo l'attuazione delle competenze attribuite dall'ordinamento (cfr. il già

(106) Tribunale di primo grado 28-9-1995, causa T-95/94, *Chambre Syndacale Nazionale des Entreprises de Transport de Fonds et Valeurs e al./Commissione*, Racc. 1995, II-02651.

(107) Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni* cit., 75 s., che analizza, tra gli altri, i casi delle attribuzioni gratuite tra società collegate ed il trasferimento di ramo di azienda a prezzo zero.

citato art. 108, Regolamento 1605/2002): la promozione della ricerca, dell'istruzione e formazione, della cooperazione internazionale, dello sviluppo economico e industriale, e così via (108). Nel diritto attuale il finanziamento di tali attività viene inteso come un vero e proprio obbligo, in capo alla pubblica amministrazione, per dare concreta attuazione ai principi costituzionali, tra i quali quello della solidarietà sociale (art. 2 cost.) (109). I programmi di finanziamento rientrano, pertanto, in quegli atti di solidarietà obbligatoria, ai quali sono tenute le pubbliche amministrazioni, oltre che i particolari, che la dottrina esclude dal campo della liberalità (110).

Ma anche se si ammettesse che tali enti possano porre in essere liberalità (111), nel caso dei programmi essi non hanno il potere di scegliere se erogare i finanziamenti o meno, essendo vincolati dalla legge a effettuare la spesa come strumento per raggiungere le loro finalità istituzionali. I soggetti beneficiari, inoltre, non accettano i contributi come donazione, ma in vista dello svolgimento di una loro attività, spesso di tipo professionale.

Sebbene l'arricchimento non sia condizione necessaria per la liberalità, occorre ricordare che i programmi non determinano, neppure occasionalmente, un tale effetto sul patrimonio del beneficiario.

(108) V., tra gli altri, A. Palazzo, *Le donazioni*, Cod. civ. Comm., diretto da P. Schlesinger (Milano 1991), 221 s.; C. Iacovino-V. Tavassi-T. Casandro, *La donazione*, a cura di A. Cataudella (Milano 1996), 130; R. Alessi, *Sull'ammissibilità di donazioni da parte di enti pubblici*, Giur. Cass. civ., 1987, 2, 480. V. anche S. Cassese, *La nuova costituzione economica* (Roma-Bari 2000), 24.

(109) Cfr. la giurisprudenza costituzionale in tema di volontariato e, in particolare, Corte cost. 31-12-1993 n. 500, Giur. it., 1994, I, 1, 322; cfr. il commento di L. Pietrolata, *Strumenti di attuazione del principio di solidarietà sociale: una conferma da parte della Corte a proposito del volontariato*.

(110) Palazzo, *Atti gratuiti e donazioni* cit., spec. 56 s.

(111) È questa la posizione di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, I (Milano 1970), 764 s., per la mancanza nell'ordinamento di una limitazione della capacità degli enti pubblici. V. sul punto anche F.P. Pugliese, *Contratti della pubblica amministrazione*, Enc. giur., IX (Roma 1988), 8-9; O. Sepe, *Contratti della pubblica amministrazione*, Enc. dir., IV (Milano 1954), 11. In modo conforme, la giurisprudenza ammette che gli enti pubblici possano porre in essere atti di liberalità: cfr. Cass. 17-11-1953; Cass. s.u. 18-1-1955, Foro it., 1955, I, 471; Cass. 18-12-1996 n. 11311). Si precisa, comunque, che gli enti pubblici possano compiere atti liberali « solo in quanto rientrino tra i propri fini istituzionali o siano strettamente legati da un rapporto di connessione o strumentalità con gli stessi » (Corte Conti, Sez. contr., 26-1-1989 n. 2076, Riv. Corte Conti, 1990, 3, 6). Si può osservare, comunque, che il potere di attribuire contributi da parte di un ente pubblico non equivale a conferire il potere di compiere atti di liberalità in senso civilistico.

Anche quando si tratta di sovvenzioni, queste prevedono lo svolgimento di un'attività ed il sostentamento di costi, solo in parte coperti dal contributo. Nel caso di sussidi, per esempio per persone indigenti, le somme erogate non possono comportare l'arricchimento sotto il profilo giuridico. Il che è reso evidente dalla circostanza che tali somme (ed i relativi crediti) sono sottratte dalla nozione di patrimonio, ai sensi dell'art. 2740 c.c. Occorre infatti ricordare che l'art. 545, co. 2, c.p.c. esclude dal pignoramento i « sussidi di grazia o di sostentamento a persone comprese nell'elenco dei poveri, oppure sussidi dovuti per maternità, malattie o funerali da casse di assicurazione, da enti di assistenza o da istituti di beneficenza »; allo stesso modo tali crediti non fanno parte dell'attivo fallimentare (art. 46, co. 1 n. 5, l. fall.).

Ma poi non avrebbe molto senso ricondurre i rapporti tra ente finanziatore e beneficiario nell'ambito della gratuità, come spesso accade nella prassi amministrativa. Si pensi alla tesi, sostenuta dall'amministrazione finanziaria italiana (112), secondo la quale gli obblighi posti in capo al beneficiario di un programma di finanziamento siano riconducibili alla nozione di *modus*, cosicché il contributo andrebbe inteso come liberalità modale. Ma l'obbligo del beneficiario non sembra avere natura di onere, proprio perché non è corretto applicare la disciplina giuridica dell'onere alla materia in parola.

L'apposizione del *modus* ha l'obiettivo di ampliare e modificare un tipo previsto dalla legge (come è per la donazione), o anche un negozio gratuito atipico (113), consentendo di attuare finalità diverse ed ulteriori rispetto a quelle perseguitate in via principale (114). Tra queste finalità si può ricordare il limite all'attribuzione patrimoniale (cfr. art. 793, co. 2 c.c.) o l'imposizione di un dato utilizzo della prestazione (115). Così ricostruito il concetto di onere, non potrebbero ricondursi ad esso gli obblighi imposti ai beneficiari dei finanziamenti. Tali obblighi sono previsti dalla base giuridica del programma come essenziali e non meramente accidentali. Senza questi obblighi ed il loro adempimento non sarebbe ipotizzabile la promozione della ricerca, dell'istruzione, della cultura e così via. I rapporti tra ente finanziatore e beneficiario sono perciò tipizzati dalle fonti giuridiche per raggiungere gli scopi stabiliti dall'ordinamento, nell'ambito, peraltro, del rispetto del principio di legittimità dell'azione della pub-

(112) Sul punto in particolare Risoluzione 287/E/III-7-1061 del 28-12-1995 (Min. Fin., Dipartimento Entrate - Dir. Centr. Affari Giuridici e Contenzioso).

(113) Cfr. Cass. 11-6-2004 n. 11096, Foro it., 2004, I, 466.

(114) Cfr. A. Marini, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito* (Milano 1976), 214. Cfr. Cass. 18-12-1986 n. 7679, Foro it., 1987, I, 1085 nota di Bellantuono.

(115) Messineo, *Dottrina generale del contratto* cit., 235.

blica amministrazione (v. art. 97 cost.) (116). Sotto un profilo negativo, il valore della prestazione, al quale è obbligato il beneficiario, può ben essere superiore al vantaggio patrimoniale. Le sovvenzioni, per esempio, prevedono un contributo inferiore al valore dei costi sostenuti per l'attuazione del progetto.

Inoltre, qualificare l'obbligo del beneficiario come *modus condurrebbe ad affermare la validità dell'attribuzione anche quando l'onere fosse illecito o impossibile, anche senza essere un motivo determinante* (cfr. art. 794 c.c.). Nel caso dei finanziamenti per la ricerca o lo sviluppo tecnologico, per esempio, la tesi avversata consentirebbe di pagare il contributo anche quando il progetto di ricerca non può essere svolto per impossibilità tecnica o nel caso abbia ad oggetto attività di ricerca vietate, come quelle in contrasto con le norme etiche. Ma ciò è paleamente in violazione della base giuridica di questi programmi di finanziamento (117).

Altra disposizione difficile da applicare al caso di specie è quella che limita la risoluzione per inadempimento alla sola ipotesi in cui la risoluzione è prevista dall'atto (art. 793, co. 4 c.c.). Nella logica dell'accidentalità dell'onere, il mancato adempimento non comporta certo il venir meno dello scopo principale dell'atto che rimane quello di un'attribuzione liberale. Applicando questo principio ai programmi di finanziamento, il mancato adempimento dell'obbligo imposto dal beneficiario, al fine di attuare una certa finalità pubblica, non avrebbe alcun effetto sull'attribuzione al beneficiario. Questa ricostruzione sarebbe in contrasto con la finalità stessa dei programmi.

Inoltre ai rapporti che derivano dai programmi comunitari non è facile applicare altre disposizioni dettate dal diritto civile per i contratti a titolo gratuito, dettate nella convinzione che il beneficiario di attribuzioni gratuite sia da tutelare in grado minore rispetto al disponente.

Come si è detto, nei rapporti gratuiti si stabilisce un'attenuazione della responsabilità di chi dispone gratuitamente di un diritto. Questa regola non sembra applicabile ai rapporti tra ente finanzi-

(116) È questa l'opinione di A. Marini, *Il modus come elemento accidentale del negozio gratuito* cit., 217, che affronta la questione se l'onere possa essere applicato agli atti amministrativi. Sull'argomento v. G. Treves, *Atto determinativo, gratuità e determinazioni accessorie*, Riv. dir. civ., 1938, 176 s.; R. Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali* (Milano 1963), 243 s.; M.S. Giannini, *Atto amministrativo*, Enc. dir., IV (Milano 1959), 175.

(117) Nel *Model Grant Agreement* del Settimo Programma Quadro di Ricerca e Sviluppo Tecnologico l'impossibilità dello svolgimento del contratto (la «forza maggiore», art. II.38, lett. j) e l'illegittimità della ricerca, per esempio per la violazione della disciplina bioetica (art. II.38, par. 1, lett. d), comportano la risoluzione del rapporto con la Commissione europea.

tore e beneficiario di una sovvenzione. Infatti la base giuridica dei programmi prevede esplicitamente una responsabilità degli enti finanziatori, senza riferirsi a limitazioni della responsabilità alla colpa grave o al dolo; inoltre non sembra rinvenibile tale principio nella giurisprudenza comunitaria o nazionale (118).

Seppure si considerasse, comunque, la limitazione della responsabilità come principio generale per i rapporti gratuiti, è probabile che la *ratio* consista nel favore rivolto all'unica delle parti che sia tenuta ad una prestazione (119). In effetti le disposizioni richiamate si riferiscono tanto alla donazione, quanto a contratti a titolo gratuito, ma che non è detto che realizzino una liberalità. In ogni modo, nei programmi di finanziamento, non si può sempre dire che solo una delle parti (l'ente finanziatore) sia tenuta ad una prestazione; anzi accade solitamente il contrario. Ciò detto, appare non corretto ritenere la limitazione della responsabilità come principio sempre applicabile ai rapporti in discorso.

Anche a non tenere conto di un tale argomento, si deve ricordare che il principio della limitazione della responsabilità è di difficile applicazione pratica nel caso di un programma di finanziamento. In effetti, l'obbligazione principale dell'ente finanziatore è di carattere essenzialmente pecuniario. L'inadempimento o il ritardo (arg. *ex art. 1224 c.c.*) dell'obbligazione dell'ente finanziatore sarebbe fonte della responsabilità « di pieno diritto » (*art. 1282 c.c.*), senza che sia necessario indagare sul profilo soggettivo (120). Analoghe considerazioni possono essere proposte per quanto riguarda l'evizione, anche tenendo conto del ricordato carattere pecuniario dell'obbligazione degli enti finanziatori.

Bisogna poi ricordare che nell'ambito di alcuni programmi, come quelli di ricerca dell'Unione europea, l'ente finanziatore (attraverso il Centro Comune di Ricerca) è tenuto anche a prestazioni di fare (svolgere l'attività di ricerca), come gli altri contraenti, per cui non appare possibile prevedere una limitazione della responsabilità.

I programmi di finanziamento, pertanto, appaiono estranei alla

(118) Eventuali limitazioni della responsabilità potrebbero essere stabilite nella base giuridica del programma o concordate dalle parti, seppure nel rispetto del principio per cui non si può escludere o limitare la responsabilità per dolo o colpa grave (cfr. *art. 1229, co. 1 c.c.*) e comunque nel caso di violazione di norme di diritto pubblico (cfr. *art. 1229, co. 2 c.c.*; v. per esempio l'*art. 1681, co. 2 c.c.*). Peraltra è giurisprudenza costante che i principi fissati dall'articolo 1229 sono applicabili anche alle pubbliche amministrazioni. Cfr. Cass. 20-3-1982 n. 1817, Mass. Giust. civ., 1982, 3; Cons. Stato, Sez. V, 6-8-2001 n. 4239, Dir. & Formazione, 2001, 873.

(119) Cfr. Sacco-De Nova, *Il contratto*, II cit., 457.

(120) Cfr. M. Giorgianni, *L'adempimento* (Milano 1959), 322 s.

nozione di gratuità, almeno quella conosciuta nel diritto civile italiano.

Le espressioni utilizzate dal legislatore comunitario, pertanto, devono avere un altro significato. Quello attribuibile all'art. 108 del regolamento 1605/2002 non ha nulla a che vedere con la gratuità nell'accezione civilistica. Si tratta invece di un modo per definire la sovvenzione come tecnica di finanziamento e distinguerla, per esempio, dagli appalti. Nelle sovvenzioni, infatti, il finanziamento non viene erogato sotto la forma di un corrispettivo, ma come contributo determinato in ragione di una percentuale dei costi eleggibili, sostenuti nel rispetto di principi quali il divieto di cumulo (121) e di retroattività (122), del cofinanziamento (123) e dell'assenza di profitto. In particolare quest'ultimo principio (art. 113, par. 2, regolamento 1605/2002) stabilisce che il contributo comunitario viene ridotto se la somma di questo e delle altre entrate è superiore ai costi ammissibili (art. II.17, par. 4, contratto per le sovvenzioni). Inoltre i costi, sui quali è calcolato il contributo, devono essere effettivamente sostenuti durante il periodo progettuale, necessari per il progetto e tenendo conto della regola dell'economicità (v. i criteri di rendicontazione, previsti dall'art. II.14, par. 1, contratto tipo per le sovvenzioni). Sono

---

(121) Il divieto di cumulo consiste nel divieto di attribuire più di una sovvenzione allo stesso soggetto beneficiario per la stessa azione (art. 111, regolamento 1605/2002). Uno stesso soggetto, inoltre, non può ricevere più di una sovvenzione di funzionamento per lo stesso esercizio. Un'azione può essere oggetto di un finanziamento congiunto, ma comunque su linee di bilancio distinte di competenza di più ordinatori (art. 170 regolamento 2342/2002). I soggetti di diritto possono presentare domande a più di un servizio della Commissione, a condizione che la sovvenzione riguardi progetti separati o spese diverse dello stesso progetto. I servizi della Commissione si consulteranno tra loro prima di procedere. In tutti questi casi, in ogni modo, il singolo costo non può essere rimborsato da più programmi, come si dirà a proposito dell'obbligo di rendicontazione.

(122) Il divieto di retroattività impone di non finanziare azioni già concluse e spese sostenute prima della presentazione della domanda di sovvenzione, tranne casi eccezionali, debitamente giustificati, previsti dalla base giuridica (art. 112, par. 1, regolamento 1605/2002).

(123) Il principio del cofinanziamento, dettato dall'art. 113 del regolamento 1605/2002, stabilisce che la sovvenzione di un'azione non possa finanziare l'integralità dei costi sostenuti, tranne nei casi di alcune sovvenzioni alla cooperazione internazionale. I soggetti che partecipano ai programmi comunitari hanno, pertanto, l'obbligo di coprire la parte dei costi non finanziata dalla sovvenzione. Il beneficiario della sovvenzione giustifica l'importo dei cofinanziamenti ricevuti in termini di: risorse proprie; trasferimenti finanziari forniti da terzi; contributi in natura se ammessi (art. 172 regolamento 2342/2002).

ammissibili solo alcune categorie di costi (art. II.14, cit., paragrafi 2 e 3). I beneficiari, inoltre, devono conservare tutti i documenti che provano il rispetto delle altre regole di rendicontazione. Infatti « incombe al beneficiario l'onere di dimostrare l'effettività delle spese e la loro connessione con l'azione approvata. Egli si trova nella situazione migliore per farlo e deve dimostrare che l'ottenimento di finanziamenti provenienti da fondi pubblici è giustificato » (124). La sovvenzione si distingue dall'appalto, in cui si prevede che l'ente finanziatore paghi un prezzo. Tale prezzo viene pagato senza necessità di accertare i costi effettivamente sostenuti (125). Il prezzo negli appalti, inoltre, viene calcolato tenendo conto del profitto del contraente.

7. Come si è detto il diritto comunitario non si occupa della corrispettività; inoltre prende in considerazione nozioni quali scambio e vantaggio, che non servono però a risolvere i problemi civilistici legati a concetti come « onerosità » e « gratuità ».

Dalla prospettiva del diritto comunitario, inoltre, la centralità dello scambio e della corrispettività, è fortemente ridimensionata. Infatti, nelle fonti e nell'interpretazione giurisprudenziale sono presi in considerazione rapporti, altrimenti considerati marginali o addirittura ignorati nel diritto civile tradizionale.

La giurisprudenza comunitaria non ha molte difficoltà a evidenziare il fenomeno delle prestazioni cortesi, che nel diritto nazionale viene studiato soltanto dalla letteratura più attenta (126).

E così, il giudice comunitario fa riferimento all'intento cortese per escludere la vincolatività giuridica nei rapporti tra l'Unione euro-

(124) V. Tribunale di primo grado, sentenza 14-7-1997, causa T-81/95, *Interhotel/Commissione*, Racc., 1997, II-1265, punto 47. La Commissione ha quindi il diritto di non riconoscere costi che, seppure previsti nel contratto di finanziamento, non sono rappresentati da idonea documentazione (v. il punto 43 della sentenza da ultimo citata).

(125) Questa conclusione non è contraddetta dalla circostanza che il prezzo viene stabilito, nella fase di formazione del contratto, per esempio con riferimento a parametri come il costo dello staff impegnato nell'attività. Una volta determinato il prezzo, questo verrà pagato senza che si dimostri il costo effettivamente sostenuto (per esempio per i componenti dello staff). In alcuni casi una parte del corrispettivo viene pagato riferimento a costi realmente sostenuti. È il caso degli appalti di servizi denominati « *fee-based contract* ». In questi casi una parte del corrispettivo viene commisurato alle « *incidental expenses* », come le spese di viaggio degli esperti. Anche in questo caso, tuttavia, non devono essere rispettati i principi tipici delle sovvenzioni come quello del cofinanziamento.

(126) Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi* cit., 9 s.

pea e gli Stati terzi (*comitas gentium*) (127); si parla di « cortesia » per qualificare l'ipotesi in cui una istituzione comunitaria invii una lettera nei confronti di un dato soggetto, qualora tale comunicazione non sia obbligatoria (128); si prendono in considerazione casi come quello dell'ex-coniuge (già dipendente di una istituzione comunitaria) che paga una somma all'altro, senza vincolo di giuridicità, quindi come « atto di cortesia » distinto dalla prestazione derivante da un'obbligazione di tipo alimentare o comunque legata all'obbligo di mantenimento (129); si fa riferimento alla natura « cortese » della somma pagata dal datore di lavoro al dipendente che va in pensione prima di acquisire il diritto per legge (130) e così via. Una giurisprudenza consolidata e risalente è poi quella relativa ai *gentlemen's agreement* (131) o altri patti non vincolanti (132) nell'ambito del diritto della concorrenza.

La giurisprudenza sottolinea come la non obbligatorietà degli atti di cortesia trova fondamento in sottostanti motivazioni di carattere sociale, familiare, etico, culturale (133) e delle buone relazioni internazionali.

Tali motivazioni sono idonee a giustificare il rilievo giuridico delle prestazioni cortesi, senza che sia necessario verificare l'esistenza di un'altra giustificazione giuridica della prestazione.

(127) V. per esempio Corte eur giust. 29-6-2006, causa C-308/04 P, *SGL Carbon AG /Commissione*, Racc. 2006, I-05977.

(128) Tribunale di primo grado 22-5-1996, causa T-277/94, *Associazione Italiana Tecnico Economica del Cemento (AITEC) / Commissione*, Racc. 1996, II-351.

(129) V. Tribunale di primo grado 21-4-2004, causa T-172/01, *M./Corte di giustizia delle Comunità europee*, Racc. 2004, II-01075.

(130) Corte eur giust. 9-11-1993, causa C-132/92, *Birds Eye Walls Ltd./Friedel M. Roberts*, Racc. 1993, I-5579.

(131) Corte eur giust. 15-7-1970, causa 41/69, *Acf Chemiefarma Nv c. Commissione*, in Racc., 1970, 661; Corte eur giust. 29-10-1980, cause riunite 209/78 a 215/78 e 218/78, *Heintz van Landewyck Sarl e altri c. Commissione*, Racc., 1980, 3125.

(132) V. per esempio il caso *Polipropilene* (Commissione europea, 23-4-1986, *Polipropilene*, g.u.c.e. 1986, L 230/1). Quindici imprese del settore petrolchimico avevano concluso un accordo verbale e privo di carattere giuridicamente vincolante (ovverosia di sanzioni per la sua inosservanza) diretto alla spartizione dei mercati ed alla fissazione dei prezzi.

(133) Nella sentenza del Tribunale nella causa T-171/01, sopra citata, si afferma che sono « atti di cortesia » per esempio le promesse accettate « qualora siano state formulate con spirito di benevolenza, o di conformità agli usi sociali, ma senza che l'autore abbia inteso sottoscrivere un impegno giuridico né assumersi un'obbligazione di esecuzione » (punto 113 della parte motiva).

È quanto accade nel caso già citato della prestazione dell'exconiuge in favore dell'altro, che è giuridicamente rilevante seppure non fondata su un'obbligazione di natura familiare o su un contratto (come quello di transazione), come emerge da una serie di elementi sintomatici rilevati dal giudice (convinzioni etiche del promettente, la mancanza di sistematicità della prestazione).

Le motivazioni cortesi permettono di distinguere le relative prestazioni da quelle analoghe derivanti da contratti a titolo gratuito. In giurisprudenza, per esempio, si mette in risalto la differenza tra l'ospitalità a titolo cortese e il soggiorno (anche a titolo gratuito) in strutture ricettive nell'ambito dei circuiti « tutto compreso » (di cui alla direttiva del Consiglio 13 giugno 1990, 90/314/CEE). Rientra nella prima fattispecie il caso di « soggiorno di uno studente presso una famiglia ospitante in cui è trattato come se fosse un membro della stessa ed è equiparato ai figli di tale famiglia » (punto 28 della sentenza nella causa AFS) (134). Il carattere cortese qui deriva dall'inserimento del soggiorno nel contesto di un programma di scambi culturali tra istituzioni scolastiche europee (cfr. punto 30 della sentenza nella causa AFS).

Affinché si passi dall'isolata prestazione cortese all'obbligazione dedotta in un contratto è necessario verificare la volontaria assunzione delle obbligazioni giuridicamente vincolanti tra le parti. Come sottolinea l'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer in una causa in materia di lavoro dipendente (135), la retribuzione diventa un obbligo derivante dal contratto di lavoro, quando è certa ed è legata all'attività lavorativa. L'Avvocato generale allora ricorda che c'è stato un tempo in cui « tra retribuzione e compenso gratuito, concesso per liberalità o a titolo di ringraziamento, non sembrava molto chiara ». Cita così l'esempio del Don Quijote che dice a Sancho: « Io non credo che quegli scudieri abbiano mai ricevuto un salario, ma soltanto delle ricompense » e ancora « Dove hai tu visto, o letto, che lo scudiero d'un cavaliere errante si sia messo a fare i conti col suo signore, dicendogli: mi dovete dare tanto al mese perché vi serva? » (136).

Le fonti dell'Unione europea inoltre contengono riferimenti ad altre prestazioni di solidarietà non obbligatoria, che nel sistema dei codici appaiono marginali. Si considera in particolare l'attività degli

(134) Corte eur giust. 11-2-1999, C-237/97, *AFS Intercultural Programs Finland*, Racc.1999, p. I-825.

(135) Conclusioni dell'avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer del 9-9-2004, causa C-356/03, *Elisabeth Mayer / Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder*.

(136) M. de Cervantes, *Don Quijote de la Mancha*, capitoli XX e XXVIII. L'Avvocato generale fa riferimento al discorso pronunciato da Alonso Olea presso la Facoltà di giurisprudenza dell'Università di León il 23-1-1996, dal titolo « *Entre Don Quijote y Sancho, ¿relación laboral?* ».

enti *non profit*, con riferimento a competenze comunitarie, quali la politica sociale (di cui all'art. 136 ss. Trattato CE) (137), la ricerca (articoli 163 ss. Trattato CE), l'istruzione e la formazione (articoli 149 ss. Trattato CE), la cultura (articoli 151 ss. Trattato CE), l'ambiente (articoli 174 ss. Trattato CE), lo sport (v. la dichiarazione n. 29 allegata all'Atto unico europeo), il volontariato (v. la Dichiarazione sul volontariato allegata al Trattato di Amsterdam) (138) e le altre materie di cui si occupano soggetti come le associazioni o le fondazioni.

Le prestazioni in parola sono a vario titolo rilevanti per il giudice comunitario.

Innanzitutto, la non obbligatorietà degli atti di cortesia impedisce il prodursi di effetti giuridici che sarebbero applicabili alle prestazioni dedotte in un contratto. Nel caso dell'ex-coniuge (già dipendente di una istituzione comunitaria) che paga una somma all'altro, la non obbligatorietà dell'atto ha condotto il giudice comunitario a considerare non azionabile la pretesa del coniuge oblato nei confronti dell'istituzione obbligata al pagamento dello stipendio e del trattamento previdenziale nei confronti del coniuge dipendente. Altro esempio è quello dell'inapplicabilità della disciplina sui viaggi « tutto compreso » all'ospitalità a titolo cortese degli studenti, di cui si è detto.

Inoltre, la qualifica cortese di una data prestazione non impedisce l'applicazione delle normative comunitarie. Come accade per i contratti a titolo gratuito, il giudice comunitario osserva le prestazioni cortesi dalla prospettiva degli effetti che tali prestazioni pos-

---

(137) V. la dichiarazione n. 23 allegata al Trattato di Maastricht “sulla cooperazione con le associazioni di solidarietà sociale”, secondo la quale: “La conferenza sottolinea l’importanza che riveste, per il perseguimento degli obiettivi dell’art. 136 del trattato che istituisce la Comunità europea, una cooperazione tra quest’ultima e le associazioni e le fondazioni di solidarietà sociale, in quanto organismi responsabili di istituti e servizi sociali”.

(138) V., tra gli altri documenti: Comunicazione della Commissione al Consiglio Seguito del libro bianco « Un nuovo impulso per la gioventù europea » - Proposta di obiettivi comuni per le attività di volontariato dei giovani a seguito della risoluzione del Consiglio del 27-6-2002 relativa al quadro di cooperazione europea in materia di gioventù, (COM/2004/337 def./2); Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri, riuniti in sede di Consiglio, del 16 maggio 2007, concernente la realizzazione degli obiettivi comuni per le attività di volontariato dei giovani; Parere del Comitato delle regioni — Il contributo delle attività di volontariato alla coesione economica e sociale; Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema: « Le attività di volontariato, il loro ruolo nella società europea e il loro impatto »; Direttiva 2004/114/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, relativa alle condizioni di ammissione dei cittadini di paesi terzi per motivi di studio, scambio di alunni, tirocinio non retribuito o volontariato.

sono avere sull'intero sistema. È il caso dei *gentlemen's agreement*, presi in considerazione nell'ambito del diritto della concorrenza. Il diritto antitrust, come è noto, vieta le « intese », che possono consistere anche in manifestazioni di volontà anche non giuridicamente vincolanti, ma che producano l'effetto di restringere la concorrenza. Le prestazioni cortesi, inoltre, sono rilevanti ai fini iva, essendo considerate « prestazioni di servizi », anche se « *binding in honour only* » (139).

Per quanto riguarda in particolare i soggetti *no profit*, essi sono perfettamente integrati nell'ordinamento giuridico europeo e non ne costituiscono una singolarità.

Gli enti *no profit* possono svolgere attività economica, sono considerati imprese (140), e quindi, a pieno titolo, rientrano nell'ambito di applicazione di normative comunitarie, come quella sulla concorrenza o la legislazione applicabile alle PMI. Le cooperative (v. art. 48 Trattato CE), le associazioni, le fondazioni, le mutue (141) costituiscono propriamente imprese ad economia sociale (142), le quali hanno quale obiettivo di « fornire servizi ai propri membri o a una

---

(139) Corte eur. Giust. 17-9-2002, C-498/99, *Town and County Factors*, Racc. 2002, I-7173.

(140) V. raccomandazione della Commissione del 6-5-2003 (C (2003) 1422 def., che riprendendo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, considera l'impresa « ogni entità, a prescindere dalla forma giuridica rivestita, che eserciti un'attività economica. In particolare sono considerate tali le entità che esercitano un'attività artigianale o altre attività a titolo individuale o familiare, le società di persone o le associazioni che esercitino un'attività economica » (art. 1 dell'allegato alla raccomandazione).

(141) Sull'importanza dell'economia sociale v. anche le conclusioni del Consiglio europeo di Lussemburgo del novembre 1997; l'istituzione della nuova voce di bilancio « terzo settore e impiego », per opera del Parlamento; i libri bianchi della Commissione sulle cooperative e le mutue; la Comunicazione della Commissione « Promuovere il ruolo delle fondazioni e delle organizzazioni di volontariato in Europa » (In questa comunicazione la Commissione propone una serie di provvedimenti per sostenere l'economia sociale: acquisizione di competenze adeguate per la comprensione del settore; adozione di forme di partenariato, nonché regimi fiscali e giuridici favorevoli; formazione degli operatori; migliore accesso ai fondi strutturali); il nuovo regolamento FSE, che all'art. 3, par. 1, lettera d) fa riferimento alla possibilità di destinare i fondi ad attività che rientrano nell'economia sociale, il parere del Comitato economico del 2 marzo 2000, sul tema « L'economia sociale ed il mercato unico ».

(142) V. il Libro verde della Commissione, L'imprenditorialità in Europa, COM(2003) 27, del 21-1-2003.

comunità più ampia », e non hanno come scopo principale il profitto (143).

I soggetti di cui si sta parlando sono inoltre considerati rilevanti per il diritto comunitario al di là dello svolgimento di un'attività economica, seppure riconducibile alla nozione di « economia sociale ». La stessa disciplina della società cooperativa europea, le proposte di regolamentazione dell'associazione, della fondazione e della mutua europea, evidenziano una rilevanza che prescinde dal concreto svolgimento dell'attività economica. L'azione comunitaria nelle materie che riguardano i soggetti *no profit* presuppone il pieno riconoscimento della soggettività giuridica dei soggetti coinvolti nella partecipazione ai programmi, nella mobilità e nelle attività di collaborazione transfrontaliera (v. più ampiamente l'art. 12 della Carta delle libertà fondamentali dell'Unione europea, nonché le disposizioni riguardanti la libertà di religione).

8. Nel diritto comunitario vi sono molteplici riferimenti ad accordi senza corrispettività, tra i quali quelli di collaborazione, al contrario di quello che accade nei codici civili nazionali.

Il diritto comunitario enfatizza il favore nei confronti di questo tipo di accordo, rafforzando una tendenza che si coglie nel diritto privato internazionale (con l'ampio utilizzo del modello della *joint venture*) (144) e nella legislazione nazionale degli ultimi decenni (per esempio attraverso l'estensione di nozioni come quella di consorzio) (145).

---

(143) V. la comunicazione della Commissione sulla promozione delle società cooperative in Europa, COM (2004) 18, del 23-2-2004, che così individua i caratteri delle cooperative europee: « Le cooperative operano nell'interesse dei loro membri, che sono al tempo stesso utilizzatori, e non sono gestite nell'interesse di investitori esterni. I profitti sono percepiti dai membri in proporzione alle loro transazioni con la cooperativa; le riserve e gli attivi sono detenuti in comune, non sono distribuibili e sono utilizzati nell'interesse comune dei membri. Poiché i legami personali tra i membri sono di norma stretti e importanti, le nuove adesioni sono soggette ad un'approvazione, mentre il diritto di voto non è necessariamente proporzionale alla quota detenuta (una persona, un voto). La dimissione di un membro conferisce a quest'ultimo il diritto al rimborso della quota e determina una riduzione del capitale. Tutte le cooperative agiscono nell'interesse economico dei loro membri e alcune di esse, inoltre, perseguono obiettivi sociali o ambientali più ampi, nell'interesse dei loro membri e nell'interesse collettivo più generale. » (Introduzione, par. 1.1)

(144) Cfr. per esempio A. Astolfi, *Il contratto di joint venture* (Milano 1981), passim e spec. 12 e 75, riguarda all'atipicità degli accordi di *joint venture*.

(145) Come si è segnalato, per il codice civile i consorziati devono es-

Tra questi si pensi ai contratti stipulati tra la Commissione europea (o altre amministrazioni attuatori) ed i beneficiari per attuare i programmi di finanziamento comunitari. Tali contratti in alcune ipotesi (nel caso di appalti o di prestiti a tasso agevolato) hanno la struttura di contratti con prestazioni corrispettive, almeno se visti dalla prospettiva del codice civile italiano.

Ma la maggior parte dei finanziamenti viene erogato sulla base di contratti di collaborazione, come accade nelle sovvenzioni, in cui l'ente finanziatore ed i beneficiari, in numero di due o più, collaborano per realizzare un progetto. La plurisoggettività e lo scopo comune caratterizzano poi i rapporti nell'ambito di altre tecniche di finanziamento, come le partecipazioni in enti costituiti per l'attuazione del progetto. La disciplina comunitaria ha influenzato quella nazionale in materia di finanziamenti pubblici, che sono regolati non più esclusivamente attraverso i provvedimenti amministrativi, ma sulla base di contratti di collaborazione tra ente finanziatore e beneficiari (146).

La base giuridica dei programmi comunitari e numerose altre fonti fanno riferimento ad altri contratti che regolano la collaborazione tra università, imprese, enti pubblici e altri soggetti per realizzare progetti o iniziative in settori quali la ricerca, l'istruzione e la

sere "imprenditori". Moltissime leggi speciali successive, tuttavia, prevedono che il consorzio possa stipularsi tra soggetti che non necessariamente hanno la qualifica giuridica di imprenditore e per scopi differenti da quello di istituire « un'organizzazione comune per la disciplina o per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese » (art. 2602, comma 1, c.c.). V., per esempio, l. 25-10-1965 n. 1089, art. 4; l. 2-5-1976 n. 183; l. 21-5-1981 n. 240, art. 6, lett. g) e art. 17; l. 17-2-1982 n. 46, art. 2; d.m. 1-9-1989; art. 2, l. 5-10-1991 n. 317, art. 27; l. 29-3-1995 n. 95, art. 3; l. 24-6-1997 n. 196 e successive disposizioni di attuazione del d.m. del M.U.R.S.T. 1-12-1997; d.lgs. 27-7-1999 n. 297; nonché il r.d. 31-8-1933 n. 1592, art. 60 mai esplicitatamente abrogato; d.p.r. 11-7-1980 n. 382, art. 91 e art. 91-bis; la l. 28-3-1991 n. 113; il d.m. del M.U.R.S.T 17-5-1996, 18-6-1997, 27-3-1998.

(146) Cfr. in Francia l'art. 10, 3<sup>e</sup> co., legge n. 2000-321 del 12-4-2000 (*relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*). Nella *Ley General de Subvenciones* spagnola l'art. 16 stabilisce l'obbligo di stipulare un « *Convenio de colaboración* » tra « *el órgano administrativo concedente y la entidad colaboradora en el que se regularán las condiciones y obligaciones asumidas por ésta* ». Inoltre tutta la disciplina dei finanziamenti viene disciplinata con riferimento ai principi stabiliti dalla *Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. In Italia diversi sono i casi in cui il finanziamento è accordato sulla base di un contratto, il cui schema è adottato dall'ente finanziatore. V., per esempio, il « *Contratto di finanziamento in forma di credito agevolato e contributo nella spesa* », elaborato dal MIUR, ai sensi del d.lgs. 297/1999, così come applicato dall'art. 12 del d.m. 8-8-2000 n. 593 e del d.m. 10-10-2003 n. 90402.

formazione professionale (147). Tali accordi sono indicati con diverse denominazioni: *Consortium Agreement* (148), *Partnership Agreement*, Associazioni temporanee di scopo e altre tipologie di raggruppamenti per partecipare a contratti pubblici (149); *Cluster* (150) e altre « reti » di imprese; « piattaforme tecnologiche europee » (*European Technology Platforms*) (151) e « iniziative tecnologiche con-

---

(147) V. per esempio l'art. 8 dell'Atto di indirizzo dell'attività contrattuale in materia di RS&D della Sapienza — Università di Roma (emanato con d.r. n. 385 del 15-9-2006), in base al quale « possono essere conclusi accordi di collaborazione scientifica con soggetti terzi operanti in settori disciplinari affini; detti accordi potranno prevedere l'erogazione di borse di studio, premi di laurea e/o contributi ».

(148) R. Cippitani, *Il Consortium Agreement*, (R. Cippitani, L. Fulci) I programmi comunitari per la ricerca l'innovazione (Perugia 2007), 247 s.

(149) La fonte che attualmente regola la materia (direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE; per l'Italia v. il d.lgs. 12-4-2006 n. 163, Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), infatti, in coerenza con quanto stabilito dalle direttive precedenti, stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici stipulano contratti con gli « operatori economici », che sono da intendere « una persona fisica o giuridica o un ente pubblico o un raggruppamento di tali persone e/o enti che offre sul mercato... la realizzazione di lavori e/o opere, prodotti o servizi » (art. 1, paragrafo 8, direttiva 2004/18/CE). Come suggerito dalla definizione appena riportata, pertanto, si coglie la possibilità per gli operatori economici di partecipare agli appalti, attraverso « raggruppamenti ». Per l'articolo 4, paragrafo 2, direttiva 2004/18/CE « i raggruppamenti di operatori economici sono autorizzati a presentare offerte o a candidarsi ». Le amministrazioni aggiudicatrici non possono esigere che i raggruppamenti di operatori economici abbiano una forma giuridica specifica, almeno in fase di presentazione dell'offerta. Può essere imposta una data forma giuridica al raggruppamento solo dopo l'aggiudicazione dell'appalto e solo nella misura in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione dell'appalto.

(150) I cluster possono essere definiti come « *a group of firms, related economic actors, and institutions that are located near each other and have reached a sufficient scale to develop specialized expertise, services, resources, suppliers and skills* » (Commissione europea, *Towards world-class clusters in the European Union: Implementing the broad-based innovation strategy*, del 17-10-2008, COM(2008) 652; e il documento di lavoro allegato, *The concept of clusters and cluster policies and their role for competitiveness and innovation: Main statistical results and lessons learned*). I cluster sono oggetto di una specifica politica dell'Unione, come richiesto dal Consiglio europeo del 13-14 maggio 2008 (punto 7 delle conclusioni); v. anche l'*European Cluster Memorandum* del gennaio 2008 su [http://www.proinno-europe.eu/NWEV/uploaded\\_documents/European\\_Cluster\\_Memorandum.pdf](http://www.proinno-europe.eu/NWEV/uploaded_documents/European_Cluster_Memorandum.pdf).

(151) Ai sensi dell'Allegato I della Decisione n. 1982/2006 del Parla-

giunte » (*Joint Technology Initiatives*) (152), *Joint Research Unit* (153), e così via (154). Tali ipotesi di collaborazione, previste

mento europeo e del Consiglio del 18-12-2006 concernente il settimo programma quadro della Comunità europea per le attività di ricerca, sviluppo tecnologico e dimostrazione (2007-2013) le « piattaforme tecnologiche europee » sono istituite « in settori in cui la competitività europea, la crescita economica e il benessere dipendono dagli importanti progressi realizzati, a medio e lungo termine, nel campo della ricerca e della tecnologia ». Esse « consentono di associare le parti interessate, sotto la guida industriale, per definire ed attuare un'agenda strategica di ricerca » e « possono svolgere un ruolo nell'agevolare e organizzare la partecipazione dell'industria, incluse le PMI, ai progetti di ricerca attinenti ai loro specifici settori, compresi i progetti ammissibili al finanziamento a titolo del programma quadro. ». V. anche Commissione europea, *Report on European Technology Platforms and Joint Technology Initiatives: Fostering Public-Private R&D Partnerships to Boost Europe's Industrial Competitiveness, Staff working document*, 10-6-2005, SEC(2005) 800.

(152) Sempre secondo l'Allegato I della Decisione n. 1982/2006 citata: « In un numero molto limitato di casi, la portata dell'obiettivo di RST e l'entità delle risorse necessarie potrebbero giustificare l'istituzione di partnership pubblico/privato a lungo termine che assumano la forma di iniziative tecnologiche congiunte. Queste iniziative, risultanti essenzialmente dal lavoro delle piattaforme tecnologiche europee e concernenti uno o più aspetti specifici della ricerca nel loro settore, assoceranno investimenti del settore privato e finanziamenti pubblici nazionali ed europei, ivi compresi finanziamenti provenienti dal settimo programma quadro e prestiti e garanzie concessi dalla Banca europea per gli investimenti. Ciascuna iniziativa tecnologica congiunta sarà decisa singolarmente a norma dell'articolo 171 del trattato (che prevede anche l'istituzione di imprese comuni) o sulla base delle decisioni concernenti i programmi specifici, a norma dell'articolo 166, paragrafo 3 del trattato ».

(153) Le *Joint Reserach Unit*, citate dai documenti riguardanti il Settimo Programma Quadro di Ricerca e sviluppo della Unione europea si rifanno alla esperienza francese delle *Unité Mixte de Recherche* (UMR). Esse sono « *structures opérationnelles de recherche* » costituite dal CNRS (nonché anche da altri enti pubblici di ricerca) e altri soggetti, soprattutto università e imprese, per collaborare in un dato settore scientifico. Le UMR sono costituite mediante contratti di collaborazione che generalmente non determinano la nascita di nuovi soggetti di diritto (v. l'art. 2 Décret n° 82-993 del 24-11-1982, che disciplina l'organizzazione e il funzionamento del CNRS e la Décision n° 920520SOSI del 24-7-1992, riguardante l'*« organisation et fonctionnement des structures opérationnelles de recherche* »).

(154) Per esempio l'art. 13, par. 1.a, della Decisione n. 1639/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24-10-2006 che istituisce un programma quadro per la competitività e l'innovazione (2007-2013), che af-

dalla legislazione comunitaria, non sempre si estrinsecano in rapporti formali e semplici, come si evidenzia anche nei concetti utilizzati nel diritto della concorrenza (come è per la nozione di intesa), in quello di « filiera » (cfr. regolamento 178/2002 sulla legislazione alimentare), o nella definizione di gruppo (155).

Le fonti comunitarie, poi, prevedono accordi di collaborazione che sono il principale strumento di attuazione di riforme europee, come quelli tra università nell'ambito del processo di Bologna (156). Tali accordi, stipulati tra università europee ed anche extraeuropee, hanno ad oggetto il conferimento di titoli congiunti e il riconoscimento di periodi formativi (attraverso l'ECTS, *European Credit Transfer System*) (157).

Accordi non corrispettivi sono quelli che stanno alla base dei codici di autoregolamentazione, ai quali i testi comunitari fanno spesso riferimento (v. per esempio l'art. 27 della Direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali) (158). I codici di condotta costituiscono la tecnica di regolamentazione in settori in cui tutti gli interessi coinvolti sono di rilievo costituzionale e potenzialmente in conflitto (per esempio la libertà di espressione da una parte e la tutela dei minori dall'altra; i valori etici fondamentali e la libertà della ri-

---

ferma che le azioni riguardanti l'innovazione sono dirette, tra l'altro, « ad incoraggiare l'innovazione settoriale, i raggruppamenti, le reti di innovazione, la collaborazione tra il settore pubblico e quello privato in materia d'innovazione, la cooperazione con le organizzazioni internazionali competenti e l'uso del management dell'innovazione ».

(155) V. la definizione di imprese « *collegate* » ai sensi dell'art. 1 della direttiva 83/349/CEE, con tutte le conseguenze in materia, per esempio, di diritto sulla concorrenza e di pubblici appalti.

(156) Il documento base del « Processo di Bologna » è la « dichiarazione » sottoscritta a Bologna nel giugno del 1999 da ventinove paesi europei (oggi sono diventati quaranta). Il « Processo di Bologna » prevede una revisione biennale degli obiettivi e l'individuazione di nuovi impegni, da realizzare in occasione di appositi vertici dei ministri competenti, e la costituzione di gruppi di lavoro. Gli obiettivi del « Processo di Bologna » sono tramutati in testi giuridici nazionali, adottati in applicazione delle particolari regole interne.

(157) Per maggiori approfondimenti su tali temi, si rinvia a R. Cippitelli, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, Cultura dell'integrazione europea, a cura di T. Sediari (Torino 2005), 81 s.

(158) F. Galgano, *Lex mercatoria* (Bologna 2001), 215. Per un inquadramento del tema dei codici di autoregolamentazione si rinvia a S. Stefanelli, *Autoregolamentazione e responsabilità*, Diritto privato del mercato, a cura di Palazzo - Sassi cit., 271 s.

cerca, la *privacy* e così via). Il legislatore europeo (159), dopo aver fissato le fondamentali regole del gioco, lascia alle categorie interessate il compito di fissare la disciplina di dettaglio (160), evitando interventi censori e poco elastici. Infatti, come è stato detto, in queste materie « la via maestra è rappresentata dal ricorso, tutte le volte che sia possibile, a regole di compatibilità, invece che a regole di prevalenza o di supremazia » (161).

Da ricordare, inoltre, l'interesse per la Commissione per il « partenariato pubblico-privato » nella erogazione dei pubblici servizi. Al tema la Commissione ha dedicato un apposito Libro verde (approvato il 30 aprile 2004, COM (2004) 327) (162). Nella stessa legislazione nazionale la collaborazione tra enti pubblici e tra questi e i privati è divenuta rilevante, come attesta una legislazione ormai importante, anche se non sempre organica (163).

9. Dagli esempi riportati emerge che nel diritto comunitario, concetti come la corrispettività o l'onerosità non rappresentano più il fulcro del sistema del diritto privato.

(159) Le considerazioni che seguono sono tratte, soprattutto, dalla Comunicazione della Commissione europea “Verso uno spazio europeo della ricerca”, COM (2000) 6 del 18-1-2000, nonché dalla Comunicazione della Commissione Verso una visione strategica delle scienze della vita e della biotecnologia: documento di consultazione, COM (2001) 454 del 4-9-2001. V. anche il documento della Commissione “*Science and Society Action Plan*” del dicembre 2001.

(160) V. l'art. 16, § 1, lett. e, direttiva 2000/31/CE, con specifico riferimento alla protezione dei minori; la direttiva n. 95/46 del 24-10-1995 sulla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali che, all'art. 27 n. 1, dispone l'obbligo degli Stati di incoraggiare l'elaborazione di codici di condotta « destinati a contribuire, in funzione delle specificità settoriali, alla corretta applicazione delle norme nazionali di attuazione della direttiva ».

(161) Cfr. S. Rodotà, *Legiferare in bioetica, Le scienze - Quaderni*, Bioetica, a cura di Defanti-Famigli-Mori n. 88 (Milano 1996), 86, che si riferisce alla necessità che non si ricorra alla legge come strumento autoritario per imporre un certo valore, delegittimando altri.

(162) Vedi M. A. Sandulli, *Il partenariato pubblico-privato e il diritto europeo degli appalti e delle concessioni: profili della tutela*, Riv. it. dir. pubbl. comun., 1/2005, 167 s.

(163) V. gli accordi tra pubbliche amministrazioni, anche con il concorso dei privati, di cui all'art. 2, c. 203, la l. 23-12-1996 n. 662, con funzione essenzialmente di programmazione, in tutte le varianti previste, e cioè accordi di: a) « Programmazione negoziata »; b) « Intesa istituzionale di programma »; c) « Accordo di programma quadro »; d) « Patto territoriale »; e) « Contratto di programma ».

La mancanza di corrispettività e di scambio (la terminologia rimane impropria perché condizionata dal vecchio paradigma) non appaiono più singolarità, eccezioni, espressioni di un mondo rovesciato, ma la cifra del sistema giuridico attuale, come ha efficacemente dimostrato la dottrina più avanzata sul tema (164). Tutto ciò appare probabilmente il sintomo di un vero e proprio mutamento di paradigma nel diritto civile (165).

Il diritto comunitario infatti non si occupa più esclusivamente degli interessi patrimoniali, continuando e rafforzando una tendenza nata con l'approvazione delle costituzioni nella seconda metà del secolo scorso (166). In modo più netto di come è accaduto negli ordinamenti nazionali, il diritto comunitario si occupa della immediata tutela degli interessi considerati fondamentali dai Trattati e dalla Carta dei diritti fondamentali: le libertà e i diritti fondamentali, le parità di genere, la tutela dei consumatori, la normativa etica (167), la solidarietà, l'uguaglianza e così via (168). In questo diritto « depa-

---

(164) Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi* cit., 3 s.; Id., *Atti gratuiti e donazioni* cit.

(165) Il diritto comunitario in questo rafforza le tendenze in atto anche in ambito nazionale. Per quanto riguarda per esempio una maggiore propensione ad accettare gli atti gratuiti, soprattutto se sorretti da interessi di natura patrimoniale, v. F. Rolfi, *Sulla causa dei contratti atipici a titolo gratuito*, Corr. Giur., 2003, 1, 44.

(166) Sulla incidenza dei valori costituzionali sul diritto privato, v. tra gli altri P. Perlingerì e S. Rodotà, tra le opere dei quali v. P. Perlingerì, *Il diritto civile nella sua legalità costituzionale* (Napoli 1991), spec. capitoli 9 s.; S. Rodotà, *Tecnologie e tecniche della riforma del diritto civile* (Napoli 2007).

(167) Per principi etici fondamentali si intendono tra gli altri (v. l'Allegato I della Decisione 1982/2006 e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), la tutela della dignità umana e dei diritti fondamentali, del patrimonio genetico, dell'ambiente e del benessere degli animali. Riguardo agli aspetti più generali di bioetica nel diritto comunitario, v., tra gli altri, A. Bombiani - A. Loretì Beghè - L. Marini, *Bioetica e diritti dell'uomo nella prospettiva del diritto internazionale e comunitario* (Torino 2001). Sulla bioetica come questione della filosofia del diritto, v. U. Scarpelli, *Bioetica: alla ricerca dei principi*, Le scienze - Quaderni cit., 2 s. Più in generale, sui rapporti tra bioetica e diritto, v. A. Palazzo - I. Ferranti, *Etica del Diritto privato*, voll. I e II (Padova 2002).

(168) Per un commento ai diritti previsti dalla Carta v., tra gli altri, S. Rodotà, *La persona. Manuale di diritto privato europeo*, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, I (Milano 2007), 193 s. Sull'importanza della Carta per il diritto contrattuale v. G. Alpa, *Il diritto contrattuale di fonte comunitaria*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, II (Milano 2007), 249 s.

trimonializzato » (169), la tutela degli interessi è più importante della autonomia delle parti (170). Quest'ultima da un lato appare ridimensionata (171), e dall'altro è connotata con funzioni diverse dalla mera circolazione degli elementi del patrimonio (172). Il contratto diventa mezzo di *Governance* (173), in quanto fonte di regole nei codici di condotta; strumento di attuazione delle politiche comunitarie e nazionali in sostituzione del tradizionale provvedimento amministrativo (174); esso serve per riconoscere titoli e periodi di formazione, per autorizzare un trattamento terapeutico (175), per regolare lo svolgimento di attività culturali.

In questo quadro lo scambio economico non rappresenta di per sé la giustificazione giuridica di un determinato rapporto e la mancanza di corrispettività, da un altro punto di vista, non viene considerata ipotesi eccezionale e sospetta. Anzi, la non corrispettività è ritenuta la modalità migliore per attuare certe politiche comunitarie,

(169) P. Perlinger, *Depatrimonializzazione e diritto civile*, Rass. dir. civ., 1983, 1 s.

(170) Tra gli esempi dell'incidenza sui contratti della tutela degli interessi, v. la base giuridica del Programma Quadro di Ricerca e sviluppo tecnologico dell'Unione europea. In detta base giuridica si afferma la necessità di rispettare i principi etici fondamentali da parte dell'attività di ricerca (v. il trentesimo "considerando" e l'art. 6, par. 1, Decisione n. 1982/2006). Il mancato rispetto di tali principi ha importanti conseguenze per coloro che partecipano al Programma Quadro, infatti la violazione dei principi etici porta all'esclusione del progetto in fase di valutazione (art. 15, par. 2, Regolamento 1906/2006) oppure, se si verifica successivamente conduce alla fine del contratto di finanziamento con la Commissione europea (art. II.38, par. 1, lett. d Convenzione tipo di sovvenzione). Inoltre la Commissione europea ha il potere, qualora ci siano le condizioni di violazione dei principi etici fondamentali, di influenzare le operazioni riguardanti i risultati di un progetto (art. II.27 Convenzione tipo di sovvenzione).

(171) Per effetto della maggiore incidenza dell'ordinamento e per le tendenze messe in luce cfr. N. Irti *Scambi senza accordo*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 347.

(172) Sulle nuove funzioni del contratto v. A. Cataudella, *I contratti. Parte generale*, II (Torino, 2000), 11 s.

(173) Cfr. la Comunicazione della Commissione, *La Governance europea*, COM (2001) 428 def./2 del 5-8-2001.

(174) Il cambiamento investe anche il diritto nazionale. In Italia, v. soprattutto l'art. 11 l. 241/1990 (Accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento), soprattutto nell'attuale formulazione.

(175) V. l'approfondita analisi condotta da A. Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato* (Perugia 2006), 93 s. V. anche dello stesso Autore, *La tutela civile nei contratti con prestazione medica. Permanenze dell'interpretazione civile* (A. Palazzo - A. Sassi - F. Scaglione) (Perugia 2008), 377 s.

come quella della ricerca e innovazione, dell'istruzione, della concorrenza. In una prospettiva tradizionale, per esempio, un accordo nel settore della istruzione e della ricerca, tra una università italiana e una di un paese extraeuropeo, in cui la prima sopporta la maggior parte dei costi (in termini di borse per gli studenti e ospitalità per i docenti), potrebbe essere considerata con sospetto al limite del danno eriale. Se tale accordo va visto nella prospettiva della realizzazione degli obiettivi dello spazio europeo della istruzione superiore è, invece, pienamente legittimo.

Il diritto comunitario sembra liberare i rapporti giuridici dalla stretta alternativa tra onerosità e gratuità, corrispettività e non corrispettività, che caratterizzano il paradigma tradizionale. I rapporti giuridici riguardanti le prestazioni cortesi, la collaborazione per la ricerca e l'innovazione, i programmi comunitari, e così via, non sono riconducibili al concetto di gratuità, ma, al contempo, il loro inserimento nell'ambito della onerosità non aiuta nella individuazione delle regole di diritto che li governano. Si potrebbe a tale proposito estendere quanto si è osservato intorno alla presunta gratuità dei programmi di finanziamento, e come si è scritto con riferimento alle prestazioni cortesi (176). La coppia onerosità-gratuità non riesce più a spiegare e a comprendere tutti i problemi giuridici legati ai rapporti di diritto privato nel nuovo contesto (177).

In un diritto non più concentrato sul patrimonio, non si ricerca più l'equilibrio in senso economico tra soggetti formalmente sullo stesso piano. Il diritto comunitario tiene conto del contesto dove operano i soggetti, i quali sono qualificati in base all'effettiva attività svolta e alla loro posizione reciproca, come è evidente nelle definizioni di impresa sopra citata (v. quella di « piccola e media impresa » (178) e di

---

(176) Palazzo, *Gratuità e attuazione degli interessi* cit., 18.

(177) In realtà una parte della dottrina tradizionale individua, accanto ai negozi gratuiti e onerosi, una terza categoria costituita da quelli « neutri » (v., per esempio, L. Cariota Ferrara, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano* (Napoli 1961), 221 s.), quali gli atti di destinazione ad uno scopo particolare, come nel negozio di fondazione, oppure, all'epoca, nella costituzione di una dote o di un patrimonio familiare. Tali negozi potrebbero non avere effetti patrimoniali, in quanto muterebbero semplicemente la destinazione del bene. La stessa dottrina che propone la categoria riconosce, comunque, che tali negozi possono avere effetti patrimoniali e consistere in attribuzioni di carattere gratuito. In ogni modo, al di là dell'ammissibilità della categoria, si tratta di una problematica interna al modello patrimonialistico.

(178) Le piccole e medie imprese sono individuate dal legislatore comunitario (attraverso in particolare la raccomandazione del 6 maggio 2003 citata) perché più deboli rispetto alle altre. Questa debolezza si evidenzia con riferimento alla « politica sociale ». Nell'ambito degli obiettivi generali di questa materia, stabiliti dall'art. 136 (« la promozione dell'occupazione, il

« gruppo »), di consumatore (179), di agenti commerciali indipendenti (180). Inoltre si tiene conto delle condizioni personali e concrete dei soggetti, soprattutto mediante l'ampio utilizzo dei principi di buona fede ed equità, più di quanto accade nei codici nazionali (181). Ravvisando la possibilità di una differenza sostanziale tra le parti, l'ordinamento interviene per rimediare lo squilibrio « giuridico », come è possibile osservare soprattutto nella disciplina dei contratti del consumatore (v. per esempio l'espressione *significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto*, di cui al-

miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione »), l'azione della Comunità si deve esprimere attraverso direttive che stabiliscano « le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro » (art. 137, par. 2, c. 1, Trattato CE). Queste direttive, appunto, devono evitare « di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese » (art. 137, par. 2, c. 1, Trattato CE). Sul punto ci si permette di rinviare a R. Cippitani, *A proposito delle definizione di "piccole e medie imprese" nel diritto comunitario. Nota alla sentenza della Corte di Giustizia del 24 aprile 2004 nella Causa C-91/2001*, Ras.sgiur.umbra, 2004, 439 s.

(179) Il concetto di consumatore, richiamato da diverse previsioni dei Trattati, si desume dal diritto derivato. Per consumatore si intende una persona fisica, che acquista beni e servizi per scopi non connessi ad un'attività professionale. In quest'accezione il consumatore è nozione che si contrappone a quella di « professionista ». Cfr. Corte eur. giust. 22-11-2001, cause riunite C-541/99, C-542/99, *Cape snc/Idealservice S.r.l. e Idealservice MN RE Sas/OMAI S.r.l.*, Racc. 2001, I-9049, con riferimento all'art. 2, lett. b), direttiva 93/13 concernente le clausole abusive dei contratti stipulati con i consumatori.

(180) Per agente commerciale, ai sensi dell'art. 1, c. 2, direttiva, si intende « la persona che, in qualità di intermediario indipendente, è incaricata in maniera permanente di trattare per un'altra persona, qui di seguito chiamata preponente, la vendita o l'acquisto di merci, ovvero di trattare e di concludere dette operazioni in nome e per conto del preponente ». V. della direttiva 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986. La direttiva prende le mosse dalla esigenza della protezione degli agenti commerciali, nonché della sicurezza delle operazioni commerciali, che può essere compromessa dalle differenze tra legislazioni nazionali in materia di rappresentanza commerciale (primo « considerando » della direttiva 86/653). Per raggiungere tali obiettivi la direttiva prevede, innanzitutto, alcuni doveri dell'agente e del preponente.

(181) Sui temi di questi paragrafo si fa rinvio all'approfondita analisi svolta in Sassi, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato* cit., passim, che prende in considerazione anche gli aspetti di diritto comunitario.

l'art. 33, co. 1, codice del consumo) (182). Il diritto comunitario conferma i processi in atto che portano ad una maggiore incisività dell'ordinamento giuridico, attraverso il giudice, sui rapporti di diritto privato (183).

Un altro fenomeno, che si coglie dalla breve analisi condotta nei paragrafi precedenti, riguarda il rilievo per il diritto comunitario dell'intento pratico che i soggetti coinvolti nel rapporto intendono perseguire, al di là della soluzione tecnica adottata (corrispettività, mancanza di corrispettività, una tipologia contrattuale piuttosto che un'altra). Al contrario di quanto accade nel diritto nazionale, dove il tipo identifica la funzione obiettiva dell'atto ed i motivi diventano rilevanti solo nelle ipotesi patologiche (cfr. art. 1345 c.c.), il diritto e la giurisprudenza comunitaria tengono sempre conto delle motivazioni oggettivate. Sono queste motivazioni che, indipendentemente dal carattere corrispettivo o meno, e dal tipo adottato, danno ad un rapporto il suo senso giuridico. La maggiore importanza della finalità, rispetto alla forma, è particolarmente evidenziata nella normativa sui programmi di finanziamento comunitari. I programmi vengono appunto definiti come azioni mediante le quali l'ente finanziatore attribuisce una somma di denaro (o altre utilità) ad alcuni soggetti beneficiari, allo scopo di raggiungere, con la collaborazione di detti beneficiari, le finalità previste dalla legge (184). Queste finalità soddisfano interessi di cui si fa portatore l'ente e che riguardano lo stesso beneficiario, al di là della semplice percezione del contributo. La finalizzazione

(182) Tra gli altri v. Sassi, *Il ruolo delle permanenze nella formazione del mercato interno* cit., 3 s.

(183) V. Ad esempio G. Alpa, *I principi generali* (Milano 1993), 323 s. che dà conto del mutamento in atto sia nel *common law* come nel diritto civile europeo continentale. V. più in generale G. Vettori, *Il controllo del contratto da parte del giudice*, Manuale di diritto privato europeo, a cura di C. Castronovo - S. Mazzamuto, II, 585 s.

(184) Cfr. Il paragrafo II della Relazione del Re alla *Ley General de Subvenciones*: «En el ámbito objetivo de aplicación de la ley se introduce un elemento diferenciador que delimita el concepto de subvención de otros análogos: la afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo, la ejecución de un proyecto específico, la realización de una actividad o la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar. Si dicha afectación existe, la entrega de fondos tendrá la consideración de subvención y esta ley resultará de aplicación a la misma». Cfr. anche una definizione di «*subsidy*» (quella del *Black's Law Dictionary*, V ed., 1979), che ha molto seguito nel diritto nord-americano: «The common, accepted definition of a "subsidy" is: A grant of money made by government in aid of the promoters of any enterprise, work, or improvement in which the government desires to participate, or which is considered a proper subject for government aid, because such purpose is likely to be of benefit to the public».

dell'attribuzione patrimoniale, nel rapporto di finanziamento, era stata già posta in evidenza nella dottrina e nella giurisprudenza riguardanti il « mutuo di scopo », elaborata a partire dagli anni '50 del XX secolo (185); essa trova riscontro, oltre che nel diritto comunitario (186),

(185) A partire dall'opera di M. Fragali. In particolare dell'Autore v. *Del Mutuo*, Comm. Scialoja Branca, commento agli artt. 1813-1922 (Bologna-Roma 1952), 267; *Il mutuo di scopo*, Banca, borsa e titoli di credito, 1961, 483 s.; *Note introduttive sul mutuo di scopo*, Studi in onore di Asquini (Padova 1965), 533 s.; voce *Finanziamento (dir.priv.)*, Enc. dir., vol. XVII (Milano 1968), 605 s. Tra gli altri autori che hanno continuato nella elaborazione della teoria, v. E. Buonocore, *Profili privatistici del mutuo agevolato*, Problemi giuridici delle agevolazioni finanziarie all'industria, a cura di Costi e Libertini (Milano 1982), 262 s.; R. Clarizia, *Finanziamenti (dir. priv.)*, Noviss. Dig.it., III (Torino 1982), 764; Id., *La causa di finanziamento*, Banca, borsa e titoli di credito, 1982, I, 614 s.; G. Consolo, *Aspetti pubblicistici e privatistici del mutuo di scopo* (Padova 1990); A. Galasso, *Finanziamenti pubblici*, Noviss. Dig. it., Appendice, III, Torino, 764 s.; D. La Rocca, *Il mutuo di scopo*, Il mutuo e le altre operazioni di finanziamento, a cura di Cuffaro (Bologna 2005), 177 s.; S. Mazzamuto, *Mutuo di scopo*, Enc. giur. (Roma 1990); G. Mineo, *Il finanziamento agevolato tra legge e contratto* (Milano 1997); R. Perchinunno, *Funzione creditizia e fine convenzionale. Contributo allo studio del mutuo di scopo* (Napoli 1988); A. Zimatore, *Mutuo di scopo*, Riv. dir. priv., a cura di N. Irti, I, Diritto civile (Milano 1980), 601 s. La giurisprudenza ha fornito una importante conferma della teoria, almeno a partire dalla sentenza, già citata, della Cassazione n. 3752/1981, per la quale (v. Foro it., 1982, I, 1687): « I contratti di mutuo di scopo o destinazione, preordinati per legge (o per volontà delle parti) al perseguimento di determinate finalità, si diversificano dallo schema tipico dei negozi di mutuo — oltre che per il modo di perfezionamento, in quanto hanno natura consensuale e non reale — altresì sotto il profilo strutturale, perché il sovvenuto non si obbliga soltanto a restituire la somma mutuata e a corrispondere i relativi interessi, ma anche a realizzare lo scopo previsto compiendo gli atti o svolgendo le attività in concreto programmata; e sotto il profilo causale, giacché nel sinallagma contrattuale quest'ultima prestazione, ancor più di quella degli interessi, assume rilievo corrispettivo dell'attribuzione della somma, con la conseguenza che la funzione economico-sociale del negozio non si esaurisce, come di ordinario, nel consentire al sovvenuto il godimento del denaro mutuato, ma concerne la (futura) destinazione dello stesso, essendo la disponibilità della somma strumentale all'interesse (pubblico del muto di scopo legale) di conseguire la finalità stabilita ».

(186) Per i programmi comunitari di ricerca, indipendentemente dalla tecnica contrattuale utilizzata, cfr. Carpentier - Mathijzen, *Les Contrats de recherches d'Euratom. Quelques aspects particuliers* cit, 359. Come sottolinea Basile, *Ricerca scientifica (contratto)* cit., 319, attraverso le sovvenzioni « l'amministrazione non si propone semplicemente di far beneficiare il pri-

anche in quello nazionale (187). La base giuridica del programma, pertanto, individua la finalità che deve perseguire l'ente finanziatore, e la pone a fondamento dell'intero rapporto con il beneficiario, incidendo sulla disciplina applicabile. Il sintomo più evidente della rilevanza della finalità è che il rapporto acquista caratteri propri, indipendentemente dalla tipizzazione legale (appalto, sovvenzione, mutuo, partecipazione e così via). Il fondamento del programma di finanziamento, essendo indipendente dalla tecnica di spesa, aggiunge formalmente finalità ulteriori a quelle che il negozio ha solitamente.

Pertanto il diritto comunitario aiuta a ribaltare l'impostazione tradizionale, che consacra la centralità della causa e l'accidentalità, soggettività e marginalità dei motivi e delle finalità. La finalità diventa l'idea centrale dell'attribuzione patrimoniale e degli altri (e spesso più importanti) effetti giuridici, senza che sia decisivo lo strumento giuridico utilizzato.

Più in generale, il diritto comunitario impone un cambiamento di prospettiva, rispetto alla quale viene osservato il fenomeno negoziale ed i rapporti giuridici in generale. Il diritto dell'Unione europea non si occupa tanto o soltanto delle ricadute che una certa regolamentazione di interessi ha con riferimento alle parti, o al massimo con riguardo ai creditori. È molto più importante, dalla prospettiva comunitaria, esaminare un atto giuridico nei riflessi che questo ha nell'intero sistema.

Alla tradizionale metafora del diritto civile, centrata sul soggetto e sui rapporti patrimoniali, si sostituisce quella del « mercato interno », che non è un luogo fisico dove alcuni soggetti formalmente individuati dalla legge (imprenditori individuali e società) si scambiano beni o servizi (cfr. l'art. 824 c.c.). Il mercato comunitario è un contesto economico-giuridico (cfr. art. 2 Trattato UE) dove le attività ed i soggetti presi in considerazione sono ben più numerosi e diversificati (lavoratori, consumatori, enti *no profit*, enti pubblici, professionisti). In questo ambito i rapporti rilevanti travalicano il semplice scambio, in quanto si articolano in complessi rapporti di collabora-

---

vato di un incremento patrimoniale, ma mira a rimettere all'iniziativa privata la realizzazione di uno o più elementi di un disegno programmatico predeterminato ».

(187) Nel diritto tedesco, per esempio, si dispone la revoca dell'attribuzione nel caso di inadempimento dell'obbligo di destinazione delle somme ad un certo scopo (cfr. § 44a *Bundeshaushaltsordnung*). Per il diritto spagnolo e francese il riferimento allo scopo è ben evidente nella disciplina giuridica e nella prassi. Per quanto riguarda la letteratura francese v. J. Bou-louis, *Essai sur la politique des subventions administratives* (Paris 1951). Per quanto riguarda la dottrina spagnola, v. sul requisito della *afectación*, v. G. Fernandez Ferrares, *La subvención: concepto y régimen jurídico* (Madrid 1983), 230 s.

zione (188), i quali assicurano un equilibrio non soltanto economico tra gli attori (189). Alla metafora del mercato interno si è poi progressivamente sovrapposta una ancora più globale, che tiene conto dei molteplici aspetti dell'integrazione comunitaria, che è lo « spazio giuridico » (190). Si tratta di un concetto che esalta il carattere non patrimoniale, reticolare e finalistico di un diritto così complesso quale è quello comunitario.

Il diritto dell'Unione europea regola uno spazio giuridico-economico e non solo il singolo atto o soggetto, ma le loro interrelazioni e i loro effetti reciproci. Sono regolate da questa prospettiva materie come la concorrenza, i contratti pubblici, l'Iva, la tutela del consumatore e così via. Il diritto comunitario, infatti, mira, di volta in volta, alla creazione di uno spazio dove la libera circolazione delle persone ed il loro diritto allo stabilimento siano assicurati; a « sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno della Comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali » (art. 163 Trattato CE); alla creazione di un sistema comune d'imposta sul valore aggiunto (art. 1 direttiva 2006/112/CE), a eliminare ogni ostacolo che possa falsare la concorrenza, a tutelare i consumatori e le piccole e medie imprese, e così via.

Si tratta di un quadro di riferimento molto più ampio e globale di quello di cui si occupava il tradizionale diritto civile. I problemi e le soluzioni sono considerati pertanto a livello di questa globalità. Nel contesto dello spazio europeo, l'atto giuridico non viene visto solo per le sue caratteristiche tecniche proprie, ma per il suo significato nella globalità del sistema.

A fronte di questo cambiamento della metafora alla base del diritto civile, l'elaborazione teoretica non sembra stare al passo delle nuove esigenze richieste dalla normativa e dalla prassi.

Il rilievo delle prestazioni cortesi nella giurisprudenza comunitaria, per esempio, non corrisponde ad una disciplina del fenomeno, né settoriale, né tantomeno in chiave di teoria generale. Gli accordi di collaborazione in ambito comunitario, ai quali si è accennato, riguardano fenomeni economici e sociali di grande rilievo, che coinvolgono milioni di soggetti nell'Unione europea e anche al di fuori. Il diritto comunitario ne fornisce una disciplina frammentaria, legata a

(188) V. tra gli altri F. Cafaggi, *Reti di imprese, spazi e silenzi governativi, Reti di imprese tra regolazione e norme sociali* cit., 1 s. I rapporti di collaborazione tra i soggetti sono alla base della idea stessa del sistema giuridico comunitario. Cfr. H. Lauder, *Towards a Legal Theory of Supranationality. The viability of the network concept*, European law journal, 3, 1997, 34 s.

(189) Si rinvia all'ampia analisi di F. Scaglione, *La tutela civile nel mercato concorrenziale, Permanenze dell'interpretazione civile* cit., 127 s.

(190) Cippitani, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)* cit., 81 s.

specifiche problematiche settoriali. Alcuni strumenti generali di diritto comunitario dei contratti, come la Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali o il regolamento del Consiglio n. 44/2001 sulla competenza giurisdizionale, sono di difficile applicazione, per esempio, agli accordi di collaborazione (191).

La letteratura giuridica, per lo più, li ignora oppure li studia quando si interessa di una particolare materia come la ricerca scientifica (192) o la collaborazione tra imprese (193).

---

(191) Per quanto riguarda la legge nazionale applicabile, si dovrebbe far ricorso all'articolo 4 della Convenzione di Roma, secondo il quale il contratto è disciplinato dalla legge del paese, con il quale vi è il collegamento più stretto. Questo collegamento si realizza, in primo luogo, con il paese dove risiede (o se si tratta di società, il paese dove questa ha l'amministrazione centrale) la parte che deve eseguire la prestazione caratteristica. Questo criterio non si applica tuttavia ai contratti di cooperazione, per espressa menzione dell'articolo 4, paragrafo 5. Analoghi problemi sorgono nell'individuazione del foro competente, in base al regolamento 44/2001, che stabilisce il convenuto può essere citato « davanti al giudice del luogo in cui l'obbligazione...è stata o deve essere eseguita » (l'art 5, comma 1 n. 1), Regolamento 44/2001. Molto spesso nei contratti di collaborazione, infatti, l'obbligazione viene eseguita con il concorso di soggetti di varia nazionalità e riguardo, per esempio, ad un ente finanziatore come la Commissione.

(192) Per quanto riguarda gli aspetti contrattuali dei programmi di finanziamento, con particolare riguardo a quelli di ricerca e sviluppo tecnologico, v. G. Aghina, *Disciplina giuridica dei contratti di ricerca tra industria ed enti di diritto pubblico*, relazione al Convegno Montedison Università-Industria, 1976; R. Alessi, *Ricerca (diritto comunitario)*, Noviss. Dig. it., App., VI (Torino 1986), 714 s.; M. Basile, *Ricerca scientifica (contratto)*, Enc.dir., XL (Milano 1989), 414 s.; A. Candian, *Ricerca (contratto)*, Digesto it., IV ed., Torino, 517 ss.; M. Carpentier - P. Mathijsen, *Les Contrats de recherches d'Euratom. Quelques aspects particuliers*, Rev. trim. droit eur., 1965, 358 s.; L. De Angelis, *L'associazione a fini di ricerca scientifica: forme giuridiche*, in Riv. dir. civ., 1993, 601; Y. Reboul, *Les contrats de recherche*, Paris, 1978; Id., *Les nouvelles frontières du contrat de recherche*, Dir. comm. int., 1992, 469 s.; P. Rizzuto, *L'organizzazione consortile nel settore della ricerca scientifica e tecnologica*, Contr. e imp., 2000, 733; A. Tizzano, *Contratti « strumentali » e contratti d'impiego delle Comunità Europee*, 1978, 415 s.; Id., *Capacità privatistica e competenza contrattuale delle Comunità europee*, Riv. dir. int. priv. proc., 1978, 5 s., 15; R. Cippitani, *Qualificazione dei contratti di ricerca con l'Unione europea*., Trenta temi per l'Europa, a cura di M. Pierini (Urbino 2002), 223 s. R. Cippitani - L. Fulci, *I programmi comunitari per la ricerca e l'innovazione: il contratto e le regole di partecipazione* (Perugia 2007).

(193) F. Cafaggi, *Reti di imprese tra regolazione e norme sociali* (Bologna 2004). In altri casi la letteratura coglie la rilevanza giuridica delle « reti di imprese », come nel caso della responsabilità all'interno della filiera. Per

Sebbene concetti come corrispettività o scambio non sono più così centrali nell'ordinamento attuale, ovviamente non sono venuti meno i problemi civilistici che ne hanno ispirato l'elaborazione. Visto che si tratta di temi trattati nei diritti nazionali, spesso in modo sensibilmente differente, sarà indubbiamente necessario armonizzare i relativi concetti. In effetti, gli attuali processi di elaborazione del diritto privato comunitario, soprattutto in materia di contratti (194), si interessano dei problemi giuridici riguardanti lo specifico rapporto e riconducibili al campo semantico della corrispettività (o bilateralità) (195). Inoltre si cominciano ad affrontare problemi riguardanti la gratuità, come effetto di alcune attribuzioni patrimoniali (196).

Nell'ambito della costruzione del diritto privato comunitario, inoltre, sembra abbandonarsi la definizione prettamente patrimonialistica del contratto (197); si afferma poi la necessità di tenere conto dell'incidenza di alcuni principi costituzionali sulla materia contrattuale, come si è proposto per i diritti fondamentali (198), l'egua-

esempio V. Colcelli, *Il Regolamento n. 178/2002 e principi di sicurezza alimentare*, La sicurezza degli alimenti, a cura di G. Martino - C. Perugini - T. Seddari (Roma 2006), 63 s.

(194) Per un quadro generale, M. Meli, *Armonizzazione del diritto contrattuale europeo e quadro comune di riferimento*, in questa Rivista, 2008, 59 s.

(195) Nel Codice europeo dei contratti, elaborato dall'Accademia dei giusprivatisti europei di Pavia (per una presentazione v. L. Gatt, *Sistema normativo e soluzioni innovative del "Code européen des contrats"*, in questa Rivista, 2002, 359 s.), si prendono in considerazione i contratti a titolo gratuito (si usa anche l'espressione « sinallagmatici ») nelle disposizioni riguardanti: l'interpretazione del contratto (art. 41); la mora del debitore (art. 96, co. 1, lett. c); il diritto di sospendere la prestazione da parte del creditore (art. 108); la cessione del contratto (art. 118, co. 1) e del credito (art. 122, co. 2 artt. s.); remissione del credito (art. 131, co. 6).

(196) L'art. 59 del Codice europeo dei contratti parla dell'onere; l'art. 74 riguarda le ipotesi di revocabilità degli atti in favore del terzo se avvengono per liberalità; l'art. 131, co. 6, accenna all'ipotesi di cessione del credito per atto di liberalità.

(197) Cfr. Nel *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* la definizione di contratto è infatti la seguente: « *A contract is an agreement which gives rise to, or is intended to give rise to, a binding legal relationship or which has, or is intended to have, some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act* » (II. - 1:101:).

(198) S. Rodotà, *Il Codice civile e il processo costituente europeo*, Riv. crit. dir. priv., 2005, 21 s.; P. Rescigno, *Cinquant'anni dopo il Codice civile*, Codificazione del diritto dall'antico al moderno (Napoli 1998), 423.

gianza e la solidarietà (199). Questo nella considerazione che, per quanto riguarda per esempio la solidarietà: « *Private law must also demand a minimum of solidarity among the members of society and allow for altruistic and social activities* » (200).

Tuttavia l'attuale stato di discussione appare ancora molto legato al tradizionale modello dei rapporti di diritto civile: ci si occupa principalmente dei contratti di scambio (201); si rimane sospettosi nel trattamento dei rapporti a titolo gratuito (202), il cui paradigma è la *donation* (203); solo qualche accenno è dedicato ai contratti multilaterali (204), ma ad oggi non è ulteriormente sviluppato (205).

---

(199) Si v. in particolare le proposte contenute nel documento *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition*, soprattutto l'Introduzione, 11 s. su [www.law-net.eu](http://www.law-net.eu) e [www.sellier.eu](http://www.sellier.eu). V. la recente pubblicazione Bar, C. et al., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*; prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group) (Monaco di Baviera 2008).

(200) V. *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law.*, cit., Introd. par. 31, 17, che afferma che « *Examples of this function of private law may be seen in the provisions on good faith or in the Book on Be-nevolent Intervention. In the future, specific rules on contracts of donation may be needed to strengthen this aim. Within the field of contractual relationships, many think that solidarity is a fundamental principle. Thus the obligation to co-operate might well be justified on this ground as well as on the ground of promoting economic welfare* ».

(201) V. per esempio il Libro IV del DFCR (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*).

(202) Per esempio il paragrafo IV. D. - 6:104: del DFCR, che mette sullo stesso piano il mandato a tempo indeterminato e quello gratuito, stabilendo che la revoca può essere decisa dal mandatario in ogni momento. In questo senso non si tiene conto dell'eventuale interesse non patrimoniale del mandante.

(203) Nel libro IV dedicato a contratti specifici verrà inserita la disciplina sulle donazioni, come è indicato nella Introduzione citata. Già da ora si stabilisce che alcune delle disposizioni sulla *donation* si applicheranno alla cessione di contratto v. il libro III. - 5:110: *Act of assignment: formation and validity*.

(204) E così nell'attuale DCFR, per esempio si ammette che il contratto possa essere multilaterale (v. l'art. I:101, libro II), ma non viene dettata, per ora, alcuna disciplina specifica per i contratti multilaterali.

(205) Ciò a dispetto di esigenze già manifestatesi in specifiche fonti comunitarie. Nei contratti di sovvenzione tra la Commissione ed i beneficiari, per esempio, nel caso di una pluralità di contraenti diversi dalla Commissione, una risoluzione o recesso parziale, senza che ciò coinvolga l'intero

Manca in definitiva una completa teoria dei rapporti giuridici determinata dal nuovo contesto dello spazio giuridico europeo. Una tale teoria dovrebbe anche tenere conto di tutti quei fenomeni messi in evidenza dalla normativa, dalla giurisprudenza e dalla prassi comunitaria, di cui si è accennato nelle pagine precedenti. Si tratta di fenomeni oramai consolidati nella pratica, che aspettano di avere una collocazione teorica o, comunque, comuni riferimenti concettuali.

*Roberto Cippitani*

---

rapporto (cfr. art. II.38 *model grant agreement* del Settimo Programma Quadro); questo in modo analogo a quanto previsto dal codice civile italiano per i contratti plurilaterali con comunione di scopo.