

# Consiglio dell'ordine degli Avvocati



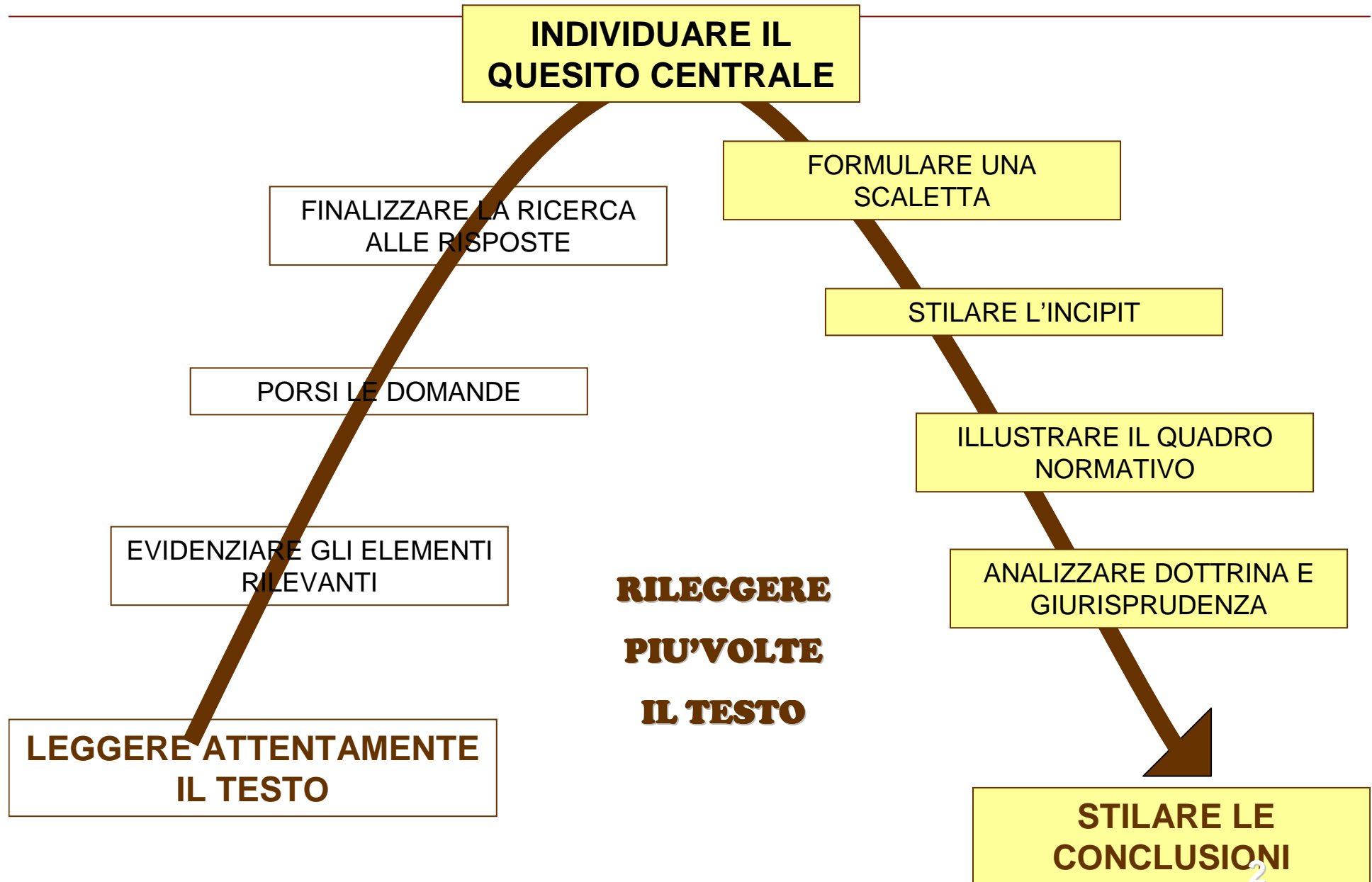
## ROMA



Avv. Costanza  
Acciai

Lez. N.1  
Seconda parte

# Il Percorso



# **INDIVIDUARE IL QUESITO CENTRALE**

**Il contratto concluso presso l'agente  
rappresentante di zona, impegna il mandante  
anche con riferimento agli status soggettivi di  
quest'ultimo?**

**E' o meno onere del prenditore di un assegno  
bancario a titolo di caparra confirmatoria, porre  
all'incasso il titolo accettato, di modo che il  
mancato buon fine dell'assegno, essendo  
unicamente riferibile al comportamento del  
creditore, provochi comunque l'effetto proprio  
del patto di caparra?**

# STILARE UNA SCALETTA DEGLI ARGOMENTI

Il parere deve essere diviso in due parti:

## PRIMA PARTE:

- Analisi del contratto di agenzia
- Analisi dell'istituto della rappresentanza
- Conclusioni circa la rilevanza dello stato soggettivo del rappresentante

## -SECONA PARTE

- Analisi dell'istituto della caparra
- Conclusioni circa l'autonomia causale, l'accessorietà, il carattere di realtà e sugli effetti
- Problema della dizione letterale della norma e problema del titolo di credito
- Conclusioni in merito alla caparra corrisposta con assegno

# L'INCIPIT

- Possiamo quindi iniziare a lavorare all'esordio del nostro scritto, tenendo presente che esso:
- **Non è una ripetizione pedissequa della traccia né una sua parafrasi**
- **E' rivolto ad evidenziare la vostra comprensione del problema posto dalla traccia**
- **E che:**
- **Gli elementi del caso concreto vanno posti in relazione con i problemi che saranno risolti alla luce dell'analisi che segue**
- **Non è di ostacolo alla formulazione dell'incipit nei detti termini la locuzione “premessi brevi cenni”, essendo preferibile che i cenni siano funzionali alla chiarezza del parere**
- Nel nostro caso si potrebbe quindi esordire come segue:

# INCIPIT

- La tematica oggetto del presente parere comporta l'esame di due istituti generali attinenti alla materia dei contratti.
- Concernendo il quesito centrale sottoposto all'esame dello scrivente il problema del momento costitutivo del patto di caparra allorquando questo risulti stipulato mediante la consegna di un assegno bancario a mani del rappresentante della mandante, si chiede infatti se la caparra dispieghi il proprio effetto nel caso di inadempimento, ove il prenditore, ricevuto tardivamente il titolo dal proprio rappresentante, non provveda al tempestivo incasso intendendo svincolarsi dal contratto cui la caparra accede senza subire il tipico effetto negativo dell'istituto in esame.
- Si dovrà quindi analizzare in primo luogo l'istituto della rappresentanza al fine di comprendere se e come stati soggettivi di ignoranza, buona o mala fede possano influire sul funzionamento del meccanismo della caparra confirmatoria così come disciplinato dall'art. 1385 c.c.

Il primo problema che si pone alla nostra attenzione è infatti rappresentato dalla circostanza che il contratto, nell'ambito del quale è stata convenuta la consegna a titolo di caparra confirmatoria del titolo di credito all'atto della sottoscrizione del modulo d'ordine, sia stato sottoscritto e quietanzato dall'agente-rappresentante della ditta che tale ordine avrebbe dovuto tempestivamente evadere.

Al fine di sgombrare immediatamente il campo da ogni possibile equivoco interpretativo, diamo conto dell'inquadramento normativo del contratto che lega il cosiddetto agente-rappresentante alla ditta mandante.

## **ILLUSTRARE IL QUADRO NORMATIVO DI RIFERIMENTO**

L'art. 1742 del codice civile definisce il contratto di agenzia come l'accordo mediante il quale una parte assume stabilmente l'incarico di promuovere, per conto dell'altra, verso retribuzione, la conclusione di contratti in una zona determinata [.

L'agente assume il nome di rappresentante di commercio quando, oltre a promuovere la conclusione di contratti, ha anche il potere di concluderli in nome e per conto del soggetto (preponente) a favore del quale presta la propria opera.

L'agente e il rappresentante di commercio svolgono le loro funzioni stabilmente e in un ambito territoriale determinato distinguendosi, così, dalla figura del procacciatore d'affari occasionale.

- Il conferimento della rappresentanza all'agente fa sì che egli si ponga quale vero e proprio *alter ego* del mandante, curandone gli affari e gli interessi se pur nei limiti dei contratti in suo nome stipulati.
- Per converso egli sarà anche il destinatario di ogni comunicazione e reclamo concernente l'esecuzione del contratto, pur se gli effetti economici di eventuali anomalie funzionali del contratto si riverseranno nella sfera giuridica del rappresentato.
- La disciplina speciale è dettata dall'art. 1745 c.c. nei sensi sopra specificati.

- La disciplina generale è invece quella dettata dagli articoli 1387 e seguenti del codice civile , che, all'art. 1391, stabilisce che nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si debba avere riguardo alla persona del rappresentante e che, per converso, il rappresentato che è in mala fede in nessun caso può giovare dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante.
- Nel nostro caso , quindi **il contratto, concluso dall'agente rappresentante in nome e per conto della mandante ha prodotto immediatamente l'effetto obbligatorio in capo alla stessa e tutti gli elementi accessori del contratto, e gli stati soggettivi rilevanti nei confronti del terzo risultano riferibili all'unica persona della rappresentata.**
- Si tratta di verificare se il patto di caparra possa validamente ritenersi stipulato dall'agente rappresentante al pari degli altri elementi costitutivi ed accessori del contratto.

## ANALIZZARE IN MODO RAGIONATO LA GIURISPRUDENZA

Sotto altro punto di vista, si tratterà altresì di analizzare se e come possa dirsi valido ed efficace il patto di caparra dal momento che, in luogo della somma di danaro o dell'altra cosa fungibile la cui *datio* costituisce in forma reale il patto di caparra, nel caso di specie è stato consegnato, come oramai avviene nella pratica commerciale quotidiana, un assegno di conto corrente non trasferibile intestato alla mandante.

Quest'ultima asserendo di averlo ricevuto con estremo ritardo dal proprio rappresentante ha altresì omesso di porlo all'incasso, di modo che la somma di denaro rappresentata dal titolo non è mai, in realtà, uscita dalla disponibilità del traente.

V'è dunque da chiedersi se simile circostanza privi la consegna del titolo di credito di quel carattere di realtà al quale dottrina e giurisprudenza unanimi connettono il momento costitutivo del patto di caparra.

- Per quanto attiene al primo profilo, oltre alla circostanza che, di norma al rappresentante viene conferita procura comprendente il potere di compiere quanto necessari per il buon esito degli affari e, quindi, logicamente anche il poter di stipula di ogni patto accessorio ai contratti che egli ha mandato di stipulare, soccorre quanto unanimemente ritenuto dalla giurisprudenza, sia di merito che di legittimità in tema di tutela dell'affidamento. Qui sarà sufficiente riportare fra le moltissime ed uniformi Cass. Civ.III 408/2006: *“Il principio dell'apparenza del diritto, riconducibile a quello, più generale, della tutela dell'affidamento incolpevole, può essere invocato con riguardo alla rappresentanza allorchè, indipendentemente dalla richiesta di giustificazione dei poteri del rappresentante a norma dell'art. 1393 cod. civ., non solo sussista la buona fede del terzo che ha concluso atti con il falso rappresentante, ma ci si trovi in presenza di un comportamento colposo - non meramente omissivo - del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente. “*

## **PROSPETTARE LE DIVERSE POSSIBILI INTERPRETAZIONI DANDO CONTO DELLE MOTIVAZIONI DI CIASCUNA, IN RELAZIONE AL CASO DI SPECIE**

Per quanto attiene al secondo profilo, potrebbe sorgere questione riguardo al particolare meccanismo di conclusione del patto di caparra che, anche secondo la dizione letterale dell'art. 1385 c.c. si conclude allorquando *“una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro, o una quantità di altre cose fungibili “*. La dottrina formatasi sull'interpretazione letterale della norma attribuisce al patto di caparra natura di contratto reale, con autonomo rilievo causale di garanzia della serietà dell'impegno assunto dalle parti e rilievo accessorio rispetto al contratto principale cui accede.

La Giurisprudenza prevalente concorda senz'altro con l'indirizzo dottrinale riportato, si confronti *e pluribus* Cass. civ., Sez. II, 15/04/2002, n. 5424.

- Ora, dal momento che nel caso di specie, si può ritenere per assodato che il rappresentante fosse munito del potere di stipulare validamente il patto di caparra e che le parti del patto abbiano concordemente accettato la corresponsione della somma di danaro avvenisse tramite la consegna di un titolo di credito, si tratta di stabilire se gli effetti propri del patto di caparra si producano nel momento della consegna del titolo ovvero nel momento in cui la somma di danaro che lo stesso rappresenta transita materialmente dalla disponibilità del *tradens* a quella dell'*accipiens*, vale a dire nel momento in cui il titolo viene posto all'incasso.
- Invero, tenuto conto sia del carattere reale del patto di caparra e della funzione dell'assegno bancario, oltre a considerare quanto attualmente, anche in ossequio alle norme concernenti la restrizione della circolazione valutaria, accade nella maggioranza dei casi, la caparra ben può essere costituita mediante la consegna di un assegno bancario, ma si deve ritenere che l'effetto proprio della caparra sorga al momento della riscossione della somma recata dall'assegno, e quindi salvo buon fine del titolo.

- Tuttavia, allorché il venditore accetti la dazione della caparra con assegno bancario, si dovrà ritenere suo onere quello di porre tempestivamente all'incasso il titolo, nel senso che, ove l'assegno non venga posto debitamente in riscossione, il mancato buon fine del titolo bancario — che precluderebbe, in astratto, il raggiungimento dello scopo proprio della consegna della caparra — sia riferibile unicamente al comportamento del prenditore.

- 

La Corte di Cassazione ha avuto modo di affermare che *«in base alla regola di correttezza posta dall'articolo 1175 cod. civ. , l'obbligazione del debitore si estingue a seguito della mancata tempestiva presentazione all'incasso del titolo di credito da parte del creditore, che in tal modo, viene meno al suo dovere di cooperare in modo leale e fattivo all'adempimento del debitore. Deve quindi ritenersi che, se il creditore omette, violando la predetta regola di correttezza, di compiere gli adempimenti necessari affinché il titolo sia pagato, nei termini di legge, dalla banca trattaria (o da altro istituto bancario), tale comportamento omissivo deve essere equiparato, a tutti gli effetti di legge, all'avvenuta esecuzione della "diversa prestazione", con conseguente estinzione dell'obbligazione, ex art. 1197 cod. civ.»* (Cass. n. 12079 del 2007) .

- Ancora, si è chiarito che *«in caso di pagamento effettuato mediante assegni di conto corrente, l'effetto liberatorio si verifica con la riscossione della somma portata dal titolo, in quanto la consegna del titolo deve considerarsi effettuata, salva diversa volontà delle parti, pro solvendo; tuttavia, poiché l'assegno, in quanto titolo pagabile a vista, si perfeziona, quale mezzo di pagamento, quando passa dalla disponibilità del traente a quella del prenditore, ai fini della prova del pagamento, quale fatto estintivo dell'obbligazione, è sufficiente che il debitore dimostri l'avvenuta emissione e la consegna del titolo, incombando invece al creditore la prova del mancato incasso, la quale, pur costituendo una prova negativa, non si risolve in una probatio diabolica, in quanto, avuto ri-guardo alla legge di circolazione del titolo, il possesso dello stesso da parte del creditore che lo ha ricevuto implica il mancato pagamento»* (Cass. n. 17749 del 2009).
- Ciò sta in pratica a significare che, una volta convenuto ed accettato il pagamento di una somma di danaro mediante assegno bancario, debba ritenersi contrario al dovere di buona fede e di cooperazione nell'esecuzione delle obbligazioni il colpevole ritardo nella riscossione del titolo, sicché gli effetti del pagamento colpevolmente trascurato si producano comunque, siano essi estintivi, come nel caso del pagamento del debito, ovvero costitutivi, come nel caso della dazione di caparra.

# ***STILARE LE CONCLUSIONI***

## **ATTENZIONE!!**

**Le conclusioni sono un elemento OBBLIGATORIO per la redazione di un buon parere (o di uno scritto professionale in genere)**

**Esse rappresentano la vostra personale ASSUNZIONE DI RESPONSABILITA' rispetto alla risposta al quesito che vi viene posto e NON POSSONO ESSERE PRETERMESSE o affidate alla deduzione del vostro interlocutore.**

**Debbono consistere nella concreta espressione del vostro parere positivo o negativo rispetto alle questioni affrontate, a seguito dell'analisi che le ha precedute.**

**Evitate di “passare la palla” affidando le conclusioni alla mera pedissequa citazione di una massima di giurisprudenza**

- Con il conforto di quanto in materia recentissimamente affermato da Cass. 9.8.2011 n.17127, possiamo quindi concludere che, allorquando la caparra venga costituita mediante consegna di un assegno bancario, il comportamento del prenditore del titolo che, dopo averne accettato la consegna, ometta poi di porlo all'incasso, trattenendo comunque l'assegno e non restituendolo all'acquirente, è contrario a correttezza e buona fede e comporta a carico del prenditore l'insorgenza degli obblighi propri della caparra, nel senso che ove risulti inadempiente all'obbligazione cui si riferisce la caparra, egli sarà tenuto al pagamento di una somma pari al doppio di quella indicata nell'assegno.

# *RICAPITOLANDO....*

1. Abbiamo letto e riletto attentamente la traccia evidenziando quelli che ne appaiono gli elementi qualificanti
2. Attraverso questi elementi abbiamo costruito un complesso di domande volte ad enucleare il quesito centrale del parere.
3. Attraverso la ricerca normativa e giurisprudenziale che fornisce risposta alle singole domande abbiamo individuato ed enunciato il problema centrale
4. Abbiamo iniziato a redigere il parere stilando l'INCIPIT
5. Abbiamo dato conto delle diverse discipline in teoria applicabili
6. Abbiamo dato conto delle diverse interpretazioni possibili
7. Abbiamo stilato le CONCLUSIONI in relazione al caso di specie

**...ABBIAMO REDATTO UN  
OTTIMO PARERE!**

***FINE***