

Modifica del Codice delle obbligazioni (Mandato)

Rapporto esplicativo

Settembre 2016

Compendio

Situazione iniziale

La mozione Barthassat (11.3909) incarica il Consiglio federale di sottoporre al Parlamento una modifica dell'articolo 404 del Codice delle obbligazioni per adeguare la disposizione alla situazione economica e giuridica del nostro tempo. La modifica intende permettere alle parti di contrarre mandati durevoli.

Secondo l'articolo 404 capoverso 1 CO, al mandato si può porre fine in ogni momento. Il capoverso 2 della disposizione stabilisce che un risarcimento è dovuto in caso di revoca o disdetta intempestiva. Il mancato guadagno non deve tuttavia essere risarcito. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, il diritto di porre fine al mandato in ogni momento non può essere né escluso né limitato. La grande importanza pratica di questa disposizione deriva dal fatto che il Tribunale federale considera la possibilità di porre fine al contratto in ogni momento come una regola imperativa, che applica a un gran numero di rapporti contrattuali estremamente diversi tra loro.

L'applicazione imperativa dell'articolo 404 CO non è in particolare adeguata per i rapporti contrattuali complessi, prevalentemente caratterizzati da interessi commerciali, per esempio i contratti riguardanti prestazioni informatiche o i contratti di ricerca e di sviluppo. Le parti compiono investimenti importanti per tali contratti ed è nel loro interesse che questi ultimi abbiano una durata vincolante, durante la quale non possano essere disdetti. Il fatto che in casi del genere non si possa convenire un vincolo contrattuale più forte danneggia la piazza economica della Svizzera. In molti casi il diritto di porre fine al contratto in ogni momento dà però buoni risultati, in particolare nei casi in cui, all'inizio, il contenuto del mandato è relativamente indeterminato e il suo svolgimento poco prevedibile. È proprio in questi casi che la regola dell'articolo 404 CO sulla fine del mandato è una soluzione appropriata che va conservata.

Contenuto del progetto

Per conciliare questi diversi interessi, si propone di mantenere l'articolo 404 CO nella versione attualmente in vigore come principio di diritto dispositivo. Al contempo in futuro le parti potranno escludere il diritto di porre fine al contratto in ogni momento o limitarlo con regole proprie. Poiché ciò rafforza il vincolo contrattuale e visto che deve restare possibile porre fine in ogni momento ad alcuni rapporti contrattuali, gli accordi tra le parti che derogano alla legge sono nulli se previsti in condizioni generali preformulate.

Indice

<i>Compendio</i>	2
1 Situazione iniziale	4
1.1 Mozione Barthassat (11.3909)	4
1.2 Il mandato nel diritto svizzero	4
1.3 Diritto di porre fine al mandato in ogni momento secondo l'articolo 404 CO	5
1.3.1 Generalità	5
1.3.2 Natura imperativa del diritto di porre fine al contratto secondo la giurisprudenza del Tribunale federale	5
1.3.3 Campo d'applicazione	6
1.4 Risarcimento dei danni secondo l'articolo 404 capoverso 2 CO in caso di revoca o disdetta intempestiva	8
1.5 Difetti della normativa vigente	9
1.5.1 Critica della giurisprudenza del Tribunale federale	9
1.5.2 Necessità di modifica	11
2 La nuova normativa proposta	12
2.1 Motivi e valutazione della soluzione proposta	13
2.1.1 Porre fine al contratto in qualsiasi momento: una regola non imperativa	13
2.1.2 Diritto di porre fine al contratto in ogni momento come regola dispositiva – con restrizioni	15
2.2 Commento alle nuove disposizioni	16
3 Ripercussioni	19
3.1 Ripercussioni per la Confederazione	19
3.2 Ripercussioni per i Cantoni e Comuni	19
3.3 Ripercussioni per l'economia	19
3.4 Ripercussioni per la società	20
4 Diritto transitorio	21
5 Costituzionalità e legalità	21

1 Situazione iniziale

1.1 Mozione Barthassat (11.3909)

Il 29 settembre 2011 l'allora consigliere nazionale Barthassat ha depositato la mozione «*Un diritto del mandato e un articolo 404 CO al passo coi tempi*» (11.3909). Dopo che il 23 novembre 2011 il Consiglio federale aveva proposto di accoglierla, la mozione è stata accettata dal Consiglio nazionale il 23 dicembre 2011¹ e dal Consiglio degli Stati il 27 settembre 2012² e trasmessa al Consiglio federale.

La mozione ha il seguente tenore:

«Il Consiglio federale è incaricato di sottoporre al Parlamento un disegno di revisione dell'articolo 404 del Codice delle obbligazioni adeguandolo alle realtà economiche e giuridiche moderne. Tale revisione dovrà permettere alle parti di stipulare contratti di mandato duraturi.»

Secondo l'autore della mozione, l'articolo 404 del Codice delle obbligazioni³ (CO) è superato. Il mandato è la forma contrattuale applicata a tutti i contratti di prestazione di servizi. L'articolo 404 prevede per tutti i mandati il diritto delle due parti di porre fine al contratto in ogni momento; secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, questo diritto è imperativo e non può essere escluso né limitato. Quindi le parti non possono né concludere un mandato duraturo né convenire una pena convenzionale per compensare un eventuale mancato guadagno. Oltre a essere criticata da gran parte della dottrina, questa situazione giuridica rappresenta anche un caso speciale su scala europea e trattiene gli investitori dall'avvicinarsi alla Svizzera e al suo ordinamento giuridico. Le parti di un mandato devono avere la possibilità di rinunciare a questo diritto di porre fine al contratto, convenendo la durata del mandato e una pena convenzionale per il recesso anticipato di una parte. Le parti potrebbero così pianificare la durata dei loro rapporti contrattuali.

1.2 Il mandato nel diritto svizzero

Il mandato (art. 394 segg. CO) è la forma più generale prevista nel diritto svizzero per il contratto di prestazione di servizi. Con esso il mandatario si obbliga a compiere, a norma del contratto, gli affari o i servizi di cui viene incaricato (art. 394 cpv. 1 CO). Il mandato può prevedere un compenso o essere concluso a titolo gratuito (cfr. art. 394 cpv. 3 CO) e avere per oggetto qualsiasi genere di atto, concreto o giuridico. Il mandato può prevedere un atto unico o essere conferito a titolo duraturo⁴.

Il contenuto del mandato è spesso relativamente indeterminato e prevalentemente finalizzato a uno scopo. Molte volte, l'oggetto del contratto non è definito anticipatamente, ma concretato dallo scopo perseguito dal mandante. Tale scopo risulta dagli interessi del mandante. Il mandatario deve fare quanto possibile per raggiungere lo scopo perseguito. È quindi solo obbligato ad operare diligentemente nell'interesse

¹ Boll. Uff. **2011** N 2263

² Boll. Uff. **2012** S 923

³ RS **220**

⁴ Sul mandato permanente cfr. la sentenza del Tribunale federale del 10 apr. 2002, n. 4P.28/2002, consid. 3c/bb; sentenza del Tribunale federale del 27 set. 2002, Nr. 4C.125/2002, consid. 2; sentenza del Tribunale federale del 7 feb. 2002, n. 4C.316/2001, consid. 1b.

del mandante. A differenza del contratto d'appalto, non è d'obbligo ottenere un dato risultato. Il mandato è quindi un'obbligazione di mezzi e non di risultato⁵. Di regola si tratta di un mandato (e non di un contratto d'appalto) quando il rischio legato al risultato non è per sua natura controllabile o quando non è possibile verificare il risultato del lavoro secondo criteri oggettivi⁶.

1.3 Diritto di porre fine al mandato in ogni momento secondo l'articolo 404 CO

1.3.1 Generalità

Secondo l'articolo 404 CO, il mandato può essere sempre revocato o disdetto⁷ da entrambe le parti (cpv. 1). Il diritto di porre fine al contratto è incondizionato, vale a dire che può essere esercitato in ogni momento e senza motivo. La fine del mandato secondo l'articolo 404 CO scioglie il contratto con effetto *ex nunc*⁸. Fa cessare l'obbligo di dare ulteriore esecuzione al mandato. Per i lavori eseguiti fino a tale momento va corrisposto un onorario e le attività del mandatario devono rispettare gli obblighi previsti dal diritto del mandato, per esempio l'obbligo di rendere conto al mandante del suo operato e di restituire tutto ciò che, a qualsiasi titolo, ha ricevuto in forza del mandato (art. 400 CO).

1.3.2 Natura imperativa del diritto di porre fine al contratto secondo la giurisprudenza del Tribunale federale

Secondo la giurisprudenza costante del Tribunale federale, il diritto di porre fine al contratto secondo l'articolo 404 capoverso 1 CO ha *carattere imperativo* e non può quindi essere né escluso né limitato per contratto⁹. Il Tribunale federale ha dichiarato per la prima volta imperativo l'articolo 404 CO in una decisione del 1933 che fa riferimento a due pareri dottrinali¹⁰. La prima decisione provvista di una motivazione approfondita risale al 1972¹¹. In questa decisione, l'Alta Corte ha spiegato che il carattere imperativo del diritto di porre fine al contratto in qualsiasi momento deriva dal *rapporto personale di fiducia* su cui poggia il mandato. In una successiva decisione di principio il Tribunale federale ha nuovamente motivato in dettaglio la sua giurisprudenza¹² facendo ancora una volta riferimento al particolare rapporto di

⁵ Cfr. in merito alle peculiarità del mandato le spiegazioni dettagliate in *Fellmann*, Art. 394 N 91 segg. e *Hofstetter*, pag. 35 segg.

⁶ DTF **109** II 36; **127** III 329 segg.; *Hofstetter*, pag. 19 seg.; *Werro*, mandat, N 102 segg.

⁷ Secondo la terminologia utilizzata nella legge, il mandante *revoca* il mandato, mentre il mandatario lo *disdice*; le due espressioni hanno il medesimo significato; cfr. *BSK-Weber*, Art. 404 N 2 e *CR-Werro*, Art. 404 N 2.

⁸ *BSK-Weber*, Art. 404 N 7 e 15; *CR-Werro*, Art. 404 N 5.

⁹ Cfr. sentenza del Tribunale federale del 13 feb. 2014, Nr. 4A_284/2013, consid. 3.5.1, con ulteriori riferimenti; sentenza del Tribunale federale del 10 feb. 2009, Nr. 4A_437/2008, consid. 1.3 seg.; DTF **115** II 465 segg.; **109** II 467; **106** II 159 seg.

¹⁰ Cfr. DTF **59** II 261. Uno dei due pareri citati, quello di *Becker*, Art. 404 N 8, non è per niente favorevole al carattere assolutamente imperativo dell'art. 404 CO. Secondo *Becker*, l'art. 404 CO ha carattere imperativo soltanto nella misura in cui la possibilità di revocare liberamente il mandato rispetta i limiti della regola generale dell'art. 19 CO sui diritti della personalità delle parti.

¹¹ DTF **98** II 308.

¹² DTF **115** II 466 segg.

fiducia e affermando che non ha senso voler mantenere il contratto se il rapporto di fiducia tra le parti è venuto meno. In tale decisione ha pure precisato che il diritto di sciogliere il contratto in qualsiasi momento è imperativo e concerne sia autentici contratti di mandato sia contratti misti nei quali è appropriato applicare le disposizioni del mandato al vincolo temporale tra le parti. Il Tribunale federale ha rifiutato di limitare il carattere imperativo ai contratti tipici, segnatamente a quelli gratuiti e strettamente personali. Secondo il Tribunale federale, il testo chiaro della legge non permette di fare distinzioni e derogare alla pratica seguita fino a quel momento non sarebbe stato compatibile con il principio della certezza del diritto. Inoltre, una distinzione non è nemmeno possibile fondandosi sui principi sistematici, bensì deve basarsi sul singolo caso. Malgrado le critiche della dottrina, il Tribunale federale ha da allora mantenuto questa giurisprudenza¹³.

1.3.3 Campo d'applicazione

Secondo l'articolo 394 capoverso 2 CO, tutti i contratti relativi ad una prestazione di lavoro non compresi in un'altra specie di contratto disciplinata dalla legge (p. es. il contratto di lavoro o il contratto d'appalto) sono soggetti alle regole del mandato e quindi anche all'articolo 404 CO. Di conseguenza, sono considerati mandati tutti i contratti di prestazione di servizi non qualificati dalla legge come contratti di altro genere. Tuttavia il nostro ordinamento giuridico è caratterizzato dalla cosiddetta libertà di concludere contratti atipici che permette di concludere anche contratti non disciplinati dalla legge (cosiddetti contratti innominati). In considerazione della succitata normativa, la precedente giurisprudenza del Tribunale federale, non permetteva contratti innominati nel settore delle prestazioni di lavoro, ma da qualche tempo, in accordo con la dottrina dominante, li consente¹⁴. Il diritto del mandato o alcune sue norme si applicano nella misura in cui ciò sia appropriato nel caso concreto¹⁵. In particolare il Tribunale federale applica regolarmente l'articolo 404 CO come norma imperativa ai contratti innominati relativi a prestazioni di lavoro se gli sembra adeguato applicare le disposizioni del mandato al vincolo temporale tra le

¹³ Cfr. sentenza del Tribunale federale del 10 feb. 2009, n. 4A_437/2008, consid. 1.4 seg. e, più recentemente la sentenza del Tribunale federale del 13 feb. 2014, n. 4A_284/2013, consid. 3.5.1 e la sentenza del Tribunale federale del 26 mag. 2014, n. 5A_106/2014, consid. 7.3.

¹⁴ Modifica della giurisprudenza in DTF **109** II 465 seg.

¹⁵ Ad esempio, a un contratto di architetto che nel complesso incarica l'architetto di progettare ed edificare edifici, si applicano, in caso di errore progettuale le pertinenti norme del contratto d'appalto (art. 367 segg. CO), mentre alla carente diligenza nella sorveglianza dei lavori si applicano gli obblighi di diligenza del mandato (art. 398 CO) (DTF **109** II 466).

parti. Tale è sovente il caso dei contratti misti che comprendono anche elementi di mandato¹⁶.

Nel campo d'applicazione dell'articolo 404 CO rientrano rapporti giuridici molto diversi tra loro, a titolo gratuito e oneroso, in ambito strettamente personale e in ambito commerciale. Vi sono comprese attività di diverso rilievo economico. Al diritto del mandato soggiacciono sia le prestazioni uniche di servizi da parte di privati, piccole imprese e lavoratori indipendenti sia le relazioni contrattuali pluriennali tra grandi imprese che operano su scala internazionale. Tenuto conto delle dimensioni e della differenziazione dell'attuale settore della prestazione di servizi, un'enumerazione esaustiva non è possibile. Alla luce di questa situazione l'importanza per l'economia nazionale di questi contratti e quindi anche delle disposizioni del diritto del mandato non può certamente essere sopravvalutata. Le disposizioni del mandato si applicano per esempio al contratto di conto corrente, all'amministrazione di immobili esterna, alla consulenza in materia d'investimenti e alla gestione patrimoniale, al trattamento medico, al rapporto di mandato con un avvocato, al trasporto di persone o al contratto con un architetto; le disposizioni del mandato si applicano anche ai contratti di management e di consulenza, ai contratti per la realizzazione di perizie e a molti altri contratti ancora. Oltre a ciò vi è la questione dell'applicazione del diritto del mandato alle nuove realtà dell'economia. Si tratta in particolare dei contratti di collaborazione tra imprese come per esempio i contratti di ricerca e sviluppo, i contratti di outsourcing, i contratti di servizi informatici¹⁷ e molti altri rapporti contrattuali che nella pratica sono definiti «contratti di servizi». Il campo d'applicazione dell'articolo 404 CO è quindi stato notevolmente esteso dai recenti sviluppi del settore della prestazione di servizi e dalla forte crescita del settore dopo l'adozione della disposizione¹⁸.

¹⁶ Ammesso ad esempio per il contratto generale d'architetto: DTF**109** II 465 seg. e **127** III 544 seg.; contratto di amministrazione d'immobili: **106** II 159 seg.; contratto di management musicale: **104** II 108 seg.; contratto tra un allievo e una scuola, contratto con un collegio: sentenza del Tribunale federale del 6 lug. 2011, n. 4A_141/2011, consid. 2.2 e sentenza del Tribunale federale del 29 lug. 2008, n. 4A_237/2008, consid. 3.2; contratto di cooperazione tra banche di deposito e gestori patrimoniali: sentenza del Tribunale federale del 31 mar. 2005, n. 4C.447/2004, consid. 3.2 e 5.2; contratto di collaborazione nell'amministrazione di immobili: sentenza del Tribunale federale del 13 feb. 2014, n. 4A_284/2013, consid. 3.5.2; negato per esempio per: contratto di noleggioro: DTF **115** II 111; contratto di affiliazione di un datore di lavoro a una fondazione collettiva: **120** V 305; contratto di franchising: sentenza del Tribunale federale dell'11 ott. 2000, n. 4C.228/2000, consid. 3.a e 4.; contratto concernente diversi diritti di commercializzare superfici pubblicitarie e mezzi pubblicitari: sentenza del Tribunale federale del 15 gen. 2010, n. 4A_401/2009, consid. 1.1.2; contratto di licenza e contratto di rappresentanza esclusiva: DTF **133** III 365 seg.; contratto di locazione di un'abitazione familiare in cui la pigione è compensata dall'amministrazione dell'immobile: sentenza del Tribunale federale del 29 gen. 2007, n. 4C.373/2006, consid. 4.3.

¹⁷ Cfr. *Liatowitsch/Mondini*, pag. 294.

¹⁸ Il testo dell'attuale diritto del mandato (art. 394 segg. CO) corrisponde sostanzialmente a quello del Codice delle obbligazioni del 1881 (RU **1874-1881** V 635 segg.).

1.4

Risarcimento dei danni secondo l'articolo 404 capoverso 2 CO in caso di revoca o disdetta intempestiva

Secondo l'articolo 404 capoverso 1 CO il mandato può essere sempre revocato o disdetto. Ma se la revoca o la disdetta sono intempestive, la parte che pone fine al contratto è tenuta a risarcire il danno (art. 404 cpv. 2 CO).

La fine del contratto è *intempestiva* se una parte pone fine al mandato senza motivo oggettivamente sostenibile o importante, cagionando così un danno all'altra parte. Vi è un motivo oggettivamente sostenibile o importante in particolare se la controparte ha cagionato lo scioglimento del contratto. A una parte possono derivare particolari svantaggi se, nel momento della disdetta, aveva già preso disposizioni per la continuazione del rapporto di mandato¹⁹. La giurisprudenza ha per esempio qualificato come intempestiva la fine del contratto per pure considerazioni economiche e non per motivi inerenti al rapporto di fiducia tra le parti²⁰.

Nel risarcimento del danno sono compresi soltanto i danni che la controparte ha patito in seguito alla fine intempestiva del contratto, sostanzialmente si tratta del cosiddetto *interesse negativo*²¹. Di conseguenza, la parte che pone fine al contratto deve risarcire alla controparte tutte le disposizioni ormai vane prese confidando nella continuazione del mandato e le spese sostenute. È dovuta soltanto la quota di onorario relativa alle attività già prestate. Nell'ambito dell'interesse negativo non può invece essere chiesto a titolo di risarcimento dei danni l'intero onorario convenuto.

Il guadagno mancato a causa della fine del mandato potrebbe essere chiesto soltanto nell'ambito del cosiddetto *interesse positivo*. Il risarcimento del danno da interesse positivo dovrebbe ripristinare la situazione in cui la parte si sarebbe trovata se il mandato fosse stato eseguito in maniera completa e corretta. Il diritto vigente non permette di convenire il risarcimento dell'interesse positivo. Secondo la giurisprudenza del Tribunale federale, la convenzione che prevede il risarcimento del danno da guadagno mancato in seguito alla fine del mandato limita il diritto di porre fine al contratto ed è pertanto vietata (altrettanto vale per l'accordo che prevede una pena convenzionale incondizionata se al mandato è posto fine anticipatamente). In tal senso anche il capoverso 2 dell'articolo 404 è diritto imperativo e le parti non possono convenire di derogarvi. Secondo la giurisprudenza una pena convenzionale è valida soltanto nella misura in cui rimane nel contesto dell'articolo 404 capoverso 2²². È quindi ammissibile se prevede soltanto il risarcimento dei particolari svantaggi causati dalla fine intempestiva del contratto.

Nell'ambito dell'interesse negativo, nella misura in cui le capacità liberate dalla fine del contratto non hanno potuto essere messe a frutto altrimenti, può essere considerato come danno da risarcire il guadagno mancato della controparte che, a causa del mandato a cui è poi stata posta fine, aveva rifiutato un altro mandato²³.

¹⁹ Cfr. BSK-Weber, Art. 404 N 16; DTF **110** II 383; sentenza del Tribunale federale del 29 lug. 2008, n. 4A_237/2008, consid. 3.2; sentenza del Tribunale federale del 6 lug. 2011, 4A_141/2011, consid. 2.4; sentenza del Tribunale federale dell'8 ott. 2012, n. 4A_294/2012; 4A_300/2012, consid. 7.2.

²⁰ DTF **109** II 469.

²¹ Cfr. BSK-Weber, Art. 404 N 17; sentenza del Tribunale federale del 13 feb. 2014, n. 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

²² DTF **109** II 467 seg. 469 segg. con ulteriori riferimenti; **110** II 383, 386; sentenza del Tribunale federale del 29 lug. 2008, n. 4A_237/2008, consid. 3.4 seg.; sentenza del Tribunale federale del 13 feb. 2014, n. 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

²³ Sentenza del Tribunale federale del 13 feb. 2014, n. 4A_284/2013, consid. 3.6.1.

1.5

Difetti della normativa vigente

1.5.1

Critica della giurisprudenza del Tribunale federale

La giurisprudenza del Tribunale federale sul carattere imperativo dell'articolo 404 CO (cfr. n. 1.3.2) è criticata da molta della dottrina recente²⁴. La posizione del Tribunale federale secondo cui l'articolo 404 CO è imperativo per tutti i mandati era sostenuta soprattutto dalla vecchia dottrina²⁵. In considerazione della maggiore importanza del mandato (cfr. n. 1.3.3) attualmente non è più possibile seguire tale dottrina senza riserve. In seguito, viene pertanto presentata soprattutto la nuova dottrina.

Molti pareri dottrinali non ritengono materialmente giustificato, almeno per una parte dei contratti cui si applicano le norme sul mandato, un diritto, a carattere imperativo, di porre fine al contratto in ogni momento; nella maggior parte dei casi tale diritto è contrario agli interessi effettivi delle parti. La libertà contrattuale viene limitata in modo ingiustificato e il principio *pacta sunt servanda* eccessivamente relativizzato. La natura imperativa dell'articolo 404 CO limita molto l'effetto vincolante di diversi contratti di prestazione di servizi a carattere puramente commerciale, riducendo l'attrattiva dell'ordine giuridico svizzero per i potenziali partner contrattuali e danneggiando di conseguenza la piazza economica svizzera²⁶. Conseguenza di tale giurisprudenza è che il risarcimento del danno secondo l'articolo 404 capoverso 2 CO verte imperativamente solo sull'interesse negativo e sono vietate pene convenzionali aggiuntive; anche questi punti prestano il fianco alle critiche²⁷.

Parte della dottrina ritiene che l'articolo 404 CO sia imperativo soltanto per i contratti di mandato *gratuiti* o *tipici*; negli altri casi dovrebbe avere carattere dispositivo e occorrerebbe quindi operare distinzioni²⁸ a seconda dei rapporti contrattuali²⁹. Sono considerati mandati tipici i rapporti giuridici caratterizzati da un *particolare rapporto di fiducia* tra mandante e mandatario. Si tratta per esempio del contratto con un medico o del mandato conferito a un avvocato. Soltanto in questi casi la possibilità di porre fine al mandato in ogni momento è giustificata e conforme agli interessi delle parti. Alle prestazioni di servizi che non sono caratterizzate da un particolare rapporto di fiducia non dovrebbe invece poter essere posta fine in ogni momento. Come esempi si possono in particolare citare il rapporto tra architetto e committente e i cosiddetti *mandati puramente commerciali* nei quali il rapporto personale tra le parti è in secondo piano rispetto agli interessi economici al mandato. Visto che nelle professioni liberali l'elemento della fiducia è soprattutto presente nel mandante e inoltre il mandatario è obbligato a porre l'interesse del mandante al di sopra del proprio interesse a continuare il mandato, la dottrina opera un'ulteriore distinzione: anche nei mandati tipici a titolo oneroso il diritto del mandatario di

²⁴ Cfr. i successivi commenti con i relativi rimandi nelle note 24–34.

²⁵ Cfr. p. es. *Gautschi*, Art. 404 N 10 segg.; *Oser/Schönenberger*, Art. 404 N 2 e i pareri della dottrina citativi.

²⁶ Cfr. p. es. *Gauch*, pag. 13 segg. e pag. 20 seg.; *Fellmann*, Art. 404 N 121 seg.; *Liatowitsch/Mondini*, pag. 294; *Reber*, pag. 526; *BSK-Weber*, Art. 404 N 9; *Weber*, *AJP*, pag. 187; *Werro/Carron/Douzals*, pag. 218

²⁷ Cfr. p. es. *Gauch*, pag. 15.

²⁸ Cfr. p. es. *Bucher*, OR BT, pag. 228; *Engel*, pag. 510; *Honsell*, pag. 337 segg.; *Mondini/Liatowitsch*, pag. 299 seg.; *Peyer*, pag. 183 segg.

²⁹ *Huguenin*, N 3310 seg.

porre fine al contratto deve in linea di massima avere carattere dispositivo, a meno che il mandatario nutra particolare fiducia nei confronti del mandante³⁰.

Secondo un altro parere dottrinale, l'articolo 404 CO dovrebbe avere carattere *completamente dispositivo* e per tutti i mandati, anche per i cosiddetti mandati *tipici*, dovrebbe poter essere convenuto una determinata durata o un termine di disdetta³¹. Questo perché nel diritto svizzero non esistono mandati tipici ma una pluralità di contratti qualificati come mandati; il diritto di porre fine al contratto in ogni momento corrisponde all'interesse delle parti soltanto per pochissimi di questi mandati³². Inoltre, il rapporto di fiducia tra le parti può essere in contrasto con la possibilità di porre fine al contratto in ogni momento³³. Questo parere va seguito anche in considerazione del fatto che la normativa degli articoli 27 capoverso 2 del Codice civile³⁴ (CC) e 19 capoverso 2 CO prevede che nessuno possa alienare la propria libertà né assoggettarsi nell'uso della medesima ad una limitazione incompatibile col diritto o con la morale. Per i contratti tipici di mandato una convenzione tra le parti in deroga all'articolo 404 capoverso 1 CO potrebbe essere esaminata sotto il profilo di tale principio e, se del caso, potrebbe essere dichiarata inefficace. Ai mandati tipici, ad esempio quelli con un medico o con un avvocato, si potrebbe quindi porre fine in ogni momento, poiché un trattamento medico o la rappresentanza da parte di un avvocato contro la volontà del mandante non sarebbe compatibile con i diritti della personalità di quest'ultimo. Questo norma garantisce altresì il *diritto di disdire il contratto in ogni momento per gravi motivi*.

In parte queste due opinioni non possono essere chiaramente distinte l'una dall'altra: in alcuni pareri dottrinali sono considerati mandati tipici quelli che riguardano l'ambito *strettamente personale* del mandante. L'articolo 404 CO dovrebbe pertanto avere carattere imperativo soltanto nei settori in cui i diritti della personalità delle parti lo richiedono³⁵. Questa opinione è quindi molto vicina, almeno nella sua conclusione, al secondo parere.

Secondo un'altra opinione dottrinale, occorre distinguere il *diritto di porre fine al contratto dal potere di farlo*³⁶. Entrambe le parti avrebbero il *potere* di porre fine al mandato in qualsiasi momento, a prescindere da un patto contrattuale che vi si opponga. Il *diritto* di porre fine al contratto può tuttavia essere limitato da un patto. Porre fine a un mandato nonostante un patto contrario o prima della scadenza della durata convenuta sarebbe possibile in virtù del relativo potere ma in tal caso, mancando il diritto di porvi fine, dovrebbero essere risarciti i danni.

Alcuni autori *relativizzano* la problematica dell'articolo 404 CO e fanno in particolare notare l'incertezza giuridica che deriverebbe dal distinguere il carattere della

³⁰ *Bühler*, Art. 377 N 63; *Leuenberger*, pag. 32 e 42; *Gehrer/Giger*, Art. 404 N 8; *Terrier/Favre*, N 5296 segg.; cfr anche *CR-Werro*, Art. 404 N 6 seg.

³¹ Cfr. in particolare *Fellmann*, Art. 404 N 131 segg.; *Gauch*, pag. 15 segg.; *Schneeberger*, pag. 255 segg.;

³² *Fellmann*, Art. 394 N 87; *Gauch*, pag. 14.

³³ *Gauch*, pag. 19.

³⁴ **RS 210**

³⁵ Cfr. in merito *BSK-Weber*, Art. 404 N 10 e *Koller-Tumler*, pag. 55 seg.; con ulteriori distinzioni anche *Derendinger*, N 60 segg.

³⁶ *Werro*, Baurecht, pag. 55 segg.; *CR-Werro*, Art. 404 N 6 segg.; *Werro*, mandat, pag. 96 segg.; *Werro/Carron/Douzals*, pag. 217 segg.

disposizione a seconda del genere di mandato³⁷. Un autore ritiene giustificato il carattere imperativo dell'articolo 404 CO poiché il mandato sarebbe di per sé un contratto incompleto e il carattere particolarmente aperto dei mandati impedirebbe di prescrivere nel singolo caso quali modalità di adempimento vadano considerate corrette. Il carattere imperativo del diritto di porre fine al contratto in ogni momento dovrebbe pertanto essere mantenuto. Sarebbe tuttavia auspicabile un intervento del legislatore per indicare i patti ammissibili al fine di proteggere gli investimenti³⁸.

I *tribunali cantonali* eludono in parte la giurisprudenza del Tribunale federale, nella misura in cui qualificano i contratti commerciali di prestazione di servizi come mandati atipici o come contratti innominati ai quali non è giustificato applicare le regole sul diritto di porre fine al mandato. In proposito la dottrina sostiene che i tribunali cantonali «rifuggono» dal diritto del mandato³⁹.

1.5.2 Necessità di modifica

L'applicazione imperativa dell'articolo 404 CO è problematica nella pratica in particolare per quanto concerne i contratti di prestazione di servizi negoziati individualmente, complessi e di carattere commerciale; si tratta ad esempio dei contratti di management, dei contratti di outsourcing, di alcuni contratti di servizi informatici, dei contratti di ricerca e di sviluppo⁴⁰ e in parte anche dei contratti di amministrazione immobiliare. Seppure questi contratti debbano essere considerati mandati o contratti innominati con elementi di mandato, sotto diversi profili non possono essere considerati *mandati tipici*.

Vista l'importanza economica di questi contratti per le parti e le importanti disposizioni che le parti spesso prendono in tali contesti, di regola vi è un grande interesse *reciproco* a una durata del contratto vincolante e senza possibilità di disdetta.

Da una parte l'*acquirente di servizi* è dipendente dall'effettiva messa a disposizione delle conoscenze specialistiche e dei servizi su misura del fornitore di servizi per tutta la durata del contratto. Trovare tempestivamente un sostituto adeguato in caso di fine prematura del contratto è spesso difficile o impossibile. A complicare ulteriormente le cose vi è il fatto che, in caso di fine intempestiva del contratto, secondo l'articolo 404 capoverso 2 CO non può essere chiesto il risarcimento dell'interesse positivo (cfr. n. 1.4). L'acquirente di servizi non ha quindi alcun diritto al ripristino della situazione finanziaria in cui si sarebbe trovato se il contratto fosse stato regolarmente adempiuto.

D'altra parte anche il *fornitore di servizi* ha spesso interesse alla continuazione del contratto. Se l'acquirente di servizi pone fine in maniera intempestiva al contratto, la regola dell'articolo 404 capoverso 2 CO può avere risultati urtanti. La fase di negoziazione dei contratti succitati richiede normalmente tempi lunghi e la loro conclusione è dapprima incerta. Per tale motivo, è raro poter provare che, invece del contratto a cui è stata posta fine, se ne sarebbe concluso un altro e perciò a tale riguardo

³⁷ Cfr. ad esempio *Hofstetter*, pag. 61 segg.; mitigato anche *Bucher*, pag. 288, soprattutto critico nei confronti dell'applicazione dell'art. 404 CO ai contratti misti; critico sui problemi di delimitazione *Weber*, AJP, pag. 187.

³⁸ *Buff/von der Crone*, pag. 343.

³⁹ Cfr. ad esempio sentenza del Tribunale federale del 29 lug. 2008, n. 4A_237/2008; sentenza del Tribunale federale del 6 lug. 2011, 4A_141/2011; cfr. anche la panoramica in *Liatowitsch/Mondini*, pag. 295 seg.

⁴⁰ Cfr. *Liatowitsch/Mondini*, pag. 294.

non può essere fatto valere alcun danno risarcibile (cfr. n. 1.4). Tuttavia vanno pur sempre risarcite le disposizioni prese per il contratto.

Per questi motivi, queste relazioni contrattuali sono spesso caratterizzate da un interesse reciproco a che il contratto abbia durata fissa e non possa essere disdetto. L'impossibilità nel diritto vigente di convenire una tale durata in modo vincolante rende più difficile tutelare in modo efficace i servizi specializzati e in molti casi complica inutilmente la collaborazione tra imprese.

Le passate decisioni del Tribunale federale non tengono del resto conto dell'intera portata della problematica. Finora, l'Alta Corte non ha avuto modo di pronunciarsi proprio sui contratti di servizi e di collaborazione che le imprese concludono regolarmente. Ciò da una parte perché in caso di rischio di applicazione dell'articolo 404 CO non sono rari i casi in cui si sceglie il diritto straniero e spesso si conclude un patto arbitrare⁴¹. D'altra parte nella gran parte dei casi vi è un grande interesse a raggiungere una composizione bonale di eventuali conflitti per evitare una decisione giudiziaria.

Al contrario, per i mandati tipici, come il contratto con un avvocato o un medico o un dentista, la normativa dell'articolo 404 CO è di regola adeguata. In questi casi il diritto di porre fine al contratto in ogni momento è particolarmente conforme all'interesse del mandante e in determinate circostanze anche agli interessi del mandatario. Per quanto concerne questi mandati, la normativa dell'articolo 404 capoverso 2 CO pone meno problemi perché in molti casi questi fornitori di servizi possono spesso avviare alla fine prematura del contratto accettando altri mandati. Ciò vale per esempio per i dentisti che, al posto del paziente che li ha lasciati, potrebbero trattare un'altra persona. Altrettanto vale per gli avvocati che spesso possono semplicemente utilizzare per un altro mandato il tempo che avrebbero dedicato al mandato interrotto, non patendo quindi alcun danno in conseguenza della fine del contratto.

Riassumendo si può rilevare che in alcuni casi il carattere imperativo dell'articolo 404 CO non appare adeguato e che l'attuale situazione giuridica ha risultati insoddisfacenti.

2 La nuova normativa proposta

Nel contesto dell'elaborazione del presente avamprogetto, l'Ufficio federale di giustizia (UFG) ha avuto contatti con i seguenti esperti della dottrina e della pratica per discutere i progetti in questione:

- Prof. em. Dr. Alexander Brunner, giudice cantonale presso il tribunale commerciale di Zurigo, Professore titolare all'Università di San Gallo;
- Prof. em. Dr. Dr. h.c. Peter Gauch, Università di Friburgo;
- Dr. Marlis Koller-Tumler, presidente e vicedirettrice dell'autorità di conciliazione Berna-Altopiano, presidente della Commissione federale per le questioni dei consumatori;

⁴¹ Cfr. anche *Liatowitsch/Mondini*, pag. 294; *Werro/Carron/Douzals*, pag. 213 seg.

Secondo il presente avamprogetto, l'articolo 404 CO va mantenuto inalterato. Tuttavia, in deroga alla giurisprudenza del Tribunale federale, in futuro le parti devono poter concordare regole sulla fine del contratto che derogano a tale disposizione. Essa non deve più essere considerata imperativa ma *dispositiva*. Al diritto del mandato è pertanto aggiunto un articolo 404a CO, secondo cui le parti possono convenire di sopprimere o limitare il diritto di revocare o disdire il mandato in ogni momento (cpv. 1). Questa possibilità è però limitata. Infatti, se prevista in *condizioni generali*, una simile convenzione è nulla (cpv. 2).

Si rinuncia a una normativa distinta per i mandati onerosi e per quelli gratuiti. A differenza del semplice atto di cortesia, un mandato gratuito sussiste soltanto quando le parti esprimono la volontà di vincolarsi giuridicamente.⁴² Pertanto appare idoneo che in tali casi queste ultime possano anche sopprimere o limitare il diritto di porre fine al mandato in qualsiasi momento.

2.1 Motivi e valutazione della soluzione proposta

2.1.1 Porre fine al contratto in qualsiasi momento: una regola non imperativa

Secondo il Tribunale federale, il motivo del carattere imperativo dell'articolo 404 CO risiede nel *particolare rapporto di fiducia* tra il mandante e il mandatario (cfr. n. 1.3.2). Non si può tuttavia sostenere in generale che tra mandante e mandatario vi è effettivamente un particolare rapporto di fiducia. Il mandante deve nutrire una certa fiducia nell'integrità personale del mandatario, affinché quest'ultimo possa operare nell'ambito strettamente personale del mandante o prendere visione di segreti d'affari. Per le attività specialistiche difficili è necessario confidare nelle competenze specialistiche del mandatario. In questo caso il divario tra le informazioni di cui dispongono il mandante e il mandatario, ma anche il fatto che di norma nel mandato non può essere garantito un determinato risultato (cfr. n. 1.2) rendono notevolmente più difficile valutare oggettivamente la qualità della prestazione. Pertanto è ovvio controbilanciare la fiducia che il mandante deve accordare anticipatamente al mandatario al momento della stipula del contratto con il diritto di porre termine al mandato in ogni momento. Nel singolo caso il rapporto tra il mandante e il mandatario può quindi senz'altro giustificare la fine del contratto. Vi sono tuttavia anche motivi per non permettere che al contratto sia posta fine in ogni momento. La fiducia del paziente nel medico o quella dell'escursionista nella guida alpina indubbiamente non permette di porre fine improvvisamente al mandato, per esempio nel mezzo di un'operazione o di un'escursione in montagna⁴³. Eppure è delicato sostenere che nel diritto del mandato il rapporto di fiducia ha un'importanza tanto straordinaria come quella su cui il Tribunale federale fonda il carattere imperativo dell'articolo 404 CO.

Occorre tuttavia stabilire se vi sono settori in cui in futuro debba imperativamente essere previsto un diritto di porre fine al contratto in ogni momento. Si pensi per esempio a un rapporto di mandato in un settore strettamente personale come quello

⁴² DTF 129 III 183; 116 II 696.

⁴³ *Gauch*, pag. 19.

tra medico e paziente o anche a mandati conclusi per una lunga durata. A questo proposito va fatto riferimento ai limiti posti dalle disposizioni generali dell'articolo 19 capoverso 2 CO e dell'articolo 27 CC, che si applicano a tutte le convenzioni tra le parti⁴⁴. Secondo l'articolo 19 capoverso 2 CO, le convenzioni tra le parti non sono permesse se sono contrarie a disposizioni legali imperative, all'ordine pubblico, ai buoni costumi o ai diritti inerenti alla personalità. Secondo l'articolo 27 capoverso 2 CC sulla protezione della personalità, nessuno può alienare la propria libertà, né assoggettarsi nell'uso della medesima ad una limitazione incompatibile col diritto o con la morale. I contratti che violano la *sfera strettamente personale* di una persona, sono contrari alla *morale* e quindi *nulli*⁴⁵. Questa disposizione permette per esempio al paziente di porre fine al mandato con il medico, anche nei casi in cui tale diritto è stato escluso per contratto⁴⁶. Altrettanto vale anche al di fuori della sfera strettamente personale se il vincolo contrattuale eccede la misura permessa (cfr. art. 27 cpv. 2 CC)⁴⁷. Dall'articolo 27 capoverso 2 CC si desume inoltre la regola secondo cui i contratti di durata possono essere terminati in anticipo per *gravi motivi* anche senza esplicita normativa legale.⁴⁸ Questi limiti generali garantiscono una protezione sufficiente delle parti. Non è quindi necessario aggiungergli l'applicazione imperativa dell'articolo 404 CO⁴⁹.

La possibilità di porre termine al contratto in qualsiasi momento è anche in linea con la struttura di base del mandato in quanto contratto di prestazione di servizi finalizzato a uno scopo ma senza garanzia di un dato risultato, e dal contenuto spesso relativamente indeterminato (cfr. n. 1.2)⁵⁰. In molti casi, il contenuto del contratto viene concretizzato soltanto durante la sua esecuzione dalle azioni del mandatario, che a loro volta sono influenzate costantemente da circostanze esterne e istruzioni del mandante. In tal modo si realizza un mutamento continuo, quasi impossibile da prevedere fin dall'inizio. Le effettive prestazioni contrattuali non possono essere completamente definite a priori. Di conseguenza di norma manca la possibilità di chiedere l'esecuzione giudiziaria del contratto, soprattutto per quanto concerne gli obblighi del mandatario⁵¹. Ciò vale sia per un'eventuale esecuzione specifica sia per il risarcimento del danno per l'interesse positivo. Nell'ambito di un' *esecuzione specifica* sarebbe spesso difficile definire i singoli obblighi che il mandatario deve adempiere. Inoltre, poiché l'adempimento specifico del mandato richiede regolarmente una cooperazione più o meno intensa tra le parti e per lo più anche fiducia nelle conoscenze e nelle capacità del mandatario, solo di rado sussiste un interesse ad un' *esecuzione specifica forzata*. Nella maggior parte dei casi dovrebbe entrare in linea di conto soltanto l'adempimento sostitutivo. Può risultare problematico anche stabilire il diritto al *risarcimento dell'interesse positivo* a causa del carattere per lo più incontrollabile del rischio legato al risultato. Solo di rado è possibile stabilire con sufficiente sicurezza il risultato ipotetico che la corretta esecuzione del contratto avrebbe permesso di ottenere. Nel caso concreto, quindi, un diritto al risarcimento

⁴⁴ Cfr. in proposito *Gauch*, pag. 18 seg.

⁴⁵ Cfr. *Aebi-Müller*, Art. 27 N 8; *Kut*, Art. 19–20 N 31.

⁴⁶ *Gauch*, pag. 19.

⁴⁷ Cfr. in proposito *Aebi-Müller*, Art. 27 N 9 segg.; *Kut*, Art. 19–20 N 31.

⁴⁸ DTF 128 III 429 seg.; 122 III 265 segg.; 92 II 300 seg.

⁴⁹ In accordo con una parte della dottrina; cfr. in particolare *Fellmann*, Art. 404 N 131 segg.; *Gauch*, pag. 15 segg.; *Schneeberger*, pag. 255 segg.

⁵⁰ Cfr. in merito anche *Buff/von der Crone*, pag. 337 seg.; *Fellmann*, Art. 404 N 114; *Hofstetter*, pag. 69 seg.

⁵¹ Cfr. anche *Buff/von der Crone*, pag. 337 seg.

dei danni sarebbe praticamente inattuabile oppure la responsabilità del mandatario si avvicinerrebbe a posteriori a una garanzia di risultato⁵². Entrambe le soluzioni risultano insoddisfacenti. Invece di ricorrere all'esecuzione forzata con i relativi problemi sopra esposti, è stato pertanto previsto il diritto di terminare il mandato in qualsiasi momento, eventualmente previo risarcimento delle disposizioni già attuate. Soprattutto per i mandati tipici come quelli conferiti al medico o all'avvocato, per cui non è stata constatata alcuna necessità di modifica (cfr. n. 1.5.2), questa rimane la normativa adeguata. A questi si contrappongono tuttavia i cennati, numerosi contratti di prestazione di servizi, che rientrano nella definizione legale del mandato o vanno qualificati come contratti innominati con elementi di mandato, per i quali l'applicazione imperativa dell'articolo 404 CO può produrre risultati inadeguati (cfr. n. 1.5.2). Questi contratti contengono spesso ampi cataloghi in cui le prestazioni delle parti sono descritte sin dall'inizio con relativa precisione, oppure queste prestazioni risultano dalla natura dell'affare⁵³. In questi casi è ragionevole esigere che le parti attendano la scadenza di un contratto a tempo determinato o di un termine di disdetta. In questi contratti, i motivi summenzionati che giustificano un diritto di disdetta in qualsiasi momento risultano spesso secondari rispetto all'interesse all'effettivo adempimento.

In sintesi occorre rilevare che, nel diritto del mandato, il diritto di porre fine al contratto in ogni momento è giustificato come principio di base, ma non deve essere previsto in tutti i casi. Vi sono numerosi tipi di contratto per i quali tale diritto non deve necessariamente essere imperativo. Se le circostanze di un dato caso rendono necessario poter porre fine a un contratto in ogni momento, la tutela che risulta dai limiti generali degli articoli 19 CO e 27 capoverso 2 CC è sufficiente.

2.1.2 Diritto di porre fine al contratto in ogni momento come regola dispositiva – con restrizioni

Come menzionato, in molti casi il diritto di porre fine al contratto in ogni momento secondo l'articolo 404 capoverso 1 CO rimane una regola adeguata. Si propone pertanto di *mantenere* la versione attuale dell'articolo 404 capoversi 1 e 2 CO. Non essendo tuttavia necessario applicare la disposizione in modo imperativo, l'avamprogetto vuole sancire espressamente il carattere *dispositivo* del diritto di porre fine al contratto in ogni momento con il risarcimento del danno previsto nell'articolo 404 capoverso 2 CO. Si rinuncia a una normativa differenziata per i contratti tipici e per quelli atipici. Una soluzione del genere comporterebbe un'elevata incertezza giuridica, con scarsi miglioramenti rispetto alla situazione giuridica attuale. Il nuovo articolo 404a CO prevede quindi espressamente la possibilità di escludere o limitare il diritto di porre fine al mandato in ogni momento. Quindi in futuro le parti potranno liberamente stabilire le loro regole sulla fine del contratto.

La soppressione del carattere imperativo dell'articolo 404 CO permette di concordare vincoli contrattuali più forti. Vi sono tuttavia mandati per i quali tali vincoli sono indesiderati o problematici, occorre sincerarsi in ogni caso che tali accordi corrispondano effettivamente alla volontà delle parti. La limitazione del diritto di porre

⁵² Questa problematica emerge già oggi a grandi linee nella difficoltà di far valere il diritto al risarcimento dei danni nei confronti del mandatario nell'ambito di mandati tipici come p. es. il contratto con un medico; cfr. a tale proposito anche *Hofstetter*, pag. 70.

⁵³ Cfr. in proposito anche *Reber*, pag. 535.

fine al contratto in ogni momento *non* deve pertanto essere prevista *nelle condizioni generali*. Queste ultime non sono negoziate dalle parti, ma sono anticipatamente redatte da una parte o da un terzo e nella pratica sono di regola imposte dalla parte più forte. Escludendo tali regole dalle condizioni generali le parti sono costrette a riflettere sulla convenzione contrattuale e sulle conseguenze giuridiche previste. Si vuole così evitare che la parte più debole sia vincolata da un mandato cui sarebbe giustificato applicare l'articolo 404 CO se le condizioni generali della parte più forte non lo avessero escluso. Oltre a proteggere i consumatori nei confronti dei grandi fornitori di prestazioni su vasta, ciò permette di tutelare anche le *piccole e medie imprese* nei confronti di partner contrattuali che dominano il mercato⁵⁴. D'altronde, una tale restrizione non è un'eccezione nel diritto svizzero. Per esempio nel diritto della locazione, l'articolo 256 CO non permette le condizioni generali che derogano all'obbligo del locatore di consegnare e mantenere la cosa in stato idoneo all'uso a cui è destinata.

2.2 Commento alle nuove disposizioni

Art. 404 AP-CO, titolo marginale

Il testo della disposizione è mantenuto, ma in futuro avrà carattere dispositivo. Tale carattere si evince dal nesso sistematico con il nuovo articolo 404a CO. Il titolo marginale dell'articolo 404 CO viene quindi integrato ed esplicita il fatto che si tratta di un principio dispositivo.

Art. 404a AP-CO Deroche

Il *capoverso 1* prevede espressamente che le parti possono convenire di sopprimere o limitare il diritto di revocare o disdire il mandato in ogni momento. Ciò significa da una parte che possono escludere completamente il diritto di porre fine al contratto secondo l'articolo 404 capoverso 1 CO o che possono sostituirlo con altre regole (p. es. prevedendo termini di disdetta o ammettendo la fine del contratto soltanto per determinati motivi). Dall'altra possono derogare all'articolo 404 capoverso 2 CO riguardo alle conseguenze giuridiche della fine del contratto, prevedendo segnatamente il risarcimento dell'interesse positivo o una pena convenzionale⁵⁵.

In caso di esclusione del diritto di porre fine al contratto, il mandante può pretendere l'*esatto adempimento* del mandato. La pretesa di esatto adempimento del mandato sussiste anche se il mandatario ha diritto di porre fine al contratto in ogni momento, ma soltanto fino alla fine del mandato⁵⁶. Tenuto conto del diritto imperativo di porre fine al contratto in ogni momento, questa pretesa non ha finora avuto grande importanza pratica. In effetti, in molti casi di mancata esecuzione o di mora del mandatario, è probabile che il mandante chieda il risarcimento dei danni piuttosto che l'esatto adempimento. Vi possono tuttavia essere casi in cui per il mandante è prefe-

⁵⁴ Ci si avvicina così alla soluzione proposta da *Werro/Carron/Douzals* secondo i quali le convenzioni sul risarcimento dell'interesse positivo e sulle pene convenzionali non devono essere previste nelle condizioni generali; cfr. *Werro/Carron/Douzals*, pag. 219.

⁵⁵ Il cpv. 2 dell'art. 404 CO non è di per sé imperativo. Se il capoverso 1 della disposizione ha carattere dispositivo, sono possibili anche accordi che inaspriscono le conseguenze giuridiche per la parte che mette fine al contratto; vedi *Gauch*, pag. 20.

⁵⁶ Cfr. in proposito *Fellmann*, Art. 394 N 229 segg.; la vecchia dottrina negava in parte il diritto all'esatto adempimento nei contratti di prestazione di servizi, p. es. *Gautschi*, Art. 395 N 25a segg.

ribile chiedere l'esatto adempimento. Naturalmente, tra le misure di esecuzione di una determinata attività non vi sono misure di coercizione dirette ma solo misure indirette (cfr. art. 343 CPC⁵⁷). Poiché sovente, in tali casi, il rapporto tra le parti contrattuali è problematico, è in particolare rilevante come misura d'esecuzione l'adempimento sostitutivo secondo l'articolo 98 capoverso 1 CO o l'articolo 343 capoverso 1 lettera e CPC (cfr. n. 2.1.1). Il mandante non sarà così tenuto a fornire la difficile prova del suo interesse positivo.

Se le parti escludono il diritto di porre fine al contratto in ogni momento e non convengono particolari conseguenze giuridiche al riguardo, si applicano le *regole generali del diritto delle obbligazioni*. Il contratto finisce di conseguenza con l'adempimento di tutte le obbligazioni che ne risultano⁵⁸. In caso di inadempimento o di mora si applicano gli articoli 97 segg. o 102 segg. CO⁵⁹. Se il mandatario è in mora con la prestazione principale, si applicano anche gli articoli 107–109 CO poiché il mandato è un contratto perfettamente bilaterale⁶⁰. Finora, nel presente contesto queste disposizioni generali avevano un'importanza secondaria, poiché il mandatario poteva porre fine al contratto se non si riteneva in grado di adempierlo. In caso di inadempimento da parte del mandatario, il mandante può chiedere, secondo l'articolo 97 capoverso 1 CO, il risarcimento dell'*interesse positivo*, se la prestazione è successivamente divenuta impossibile o inutile; se opta per tale risarcimento in caso di mora, può procedere secondo l'articolo 107 capoverso 2 CO.

Inversamente, in caso di esclusione del diritto di porre fine al contratto in ogni momento è lecito chiedersi cosa succede se il mandante considera finito il mandato e rifiuta di accettare qualsiasi altra prestazione del mandatario, per esempio non fornendo le informazioni necessarie per l'adempimento del mandato. In questo caso vi sarebbe *mora del creditore*, vale a dire del mandante. Secondo l'articolo 95 CO, il mandatario può recedere dal contratto secondo le disposizioni circa la mora del debitore⁶¹. Queste regole sono però dispositive⁶², ragione per cui le parti potrebbero convenire altre conseguenze giuridiche, in particolare il risarcimento dell'interesse positivo. Finora, nemmeno questo caso aveva grande importanza poiché il mandante poteva porre fine al mandato in ogni momento conformemente all'articolo 404 capoverso 1 CO. Se il diritto di porre fine al contratto potrà essere limitato o escluso, tali accordi assumeranno un'importanza molto maggiore. Un pertinente accordo potrebbe quindi tutelare gli interessi economici del mandatario al mandato.

D'altronde l'avamprogetto permette anche alle parti di conservare il diritto di porre fine al contratto *modificando però* – come precedentemente menzionato – *le conseguenze giuridiche dell'articolo 404 capoverso 2 CO*. Nella prassi sarà probabilmente in primo piano la convenzione sul risarcimento dell'interesse positivo in caso di fine anticipata del contratto. Sotto il profilo economico, le parti si troverebbero quindi nella posizione in cui sarebbero state se il mandato fosse stato adempiuto. Nella pratica diverrà di conseguenza particolarmente importante pattuire una pena convenzionale. Secondo l'avamprogetto, l'ammissibilità della pena convenzionale è

⁵⁷ Codice di procedura civile del 19 dic. 2008, RS 272.

⁵⁸ *Schwenzer*, Rz 4.04 e 73.11

⁵⁹ *Gehrer/Giger*, Art. 398 N 22 e 25.

⁶⁰ *Gehrer/Giger*, Art. 398 N 26.

⁶¹ È dubbio che si possa chiedere anche il risarcimento dell'*interesse negativo* conformemente all'articolo 109 CO; cfr. sull'insieme della questione

Gauch/Schluemp/Emmenegger, Rz. 2462 segg.; *Bernet*, Art. 95 N 2.

⁶² *Bernet*, Vor Art. 91–96 N 9.

retta dalle regole generali degli articoli 160 segg. CO. Le parti possono accordarsi su una pena convenzionale per il caso in cui il mandato finisce anticipatamente o in modo intempestivo, oppure, se il diritto di porre fine al contratto è stato escluso, per i casi di inadempimento o mora. A causa dell'incertezza del contenuto di alcuni mandati, nel singolo caso vi possono essere contestazioni su cosa sia stato pattuito quanto al contenuto del contratto e quanto all'adempimento delle condizioni della pena convenzionale.

Secondo il *capoverso 2*, tutti gli accordi tra le parti che limitano il diritto di porre fine al mandato in ogni momento sono efficaci soltanto se *non sono contenute in condizioni generali*. Ciò concerne innanzitutto l'esclusione e qualsivoglia restrizione del diritto di porre fine al contratto, come per esempio il patto sui termini da osservare o determinati motivi di fine del contratto. Sono però comprese tra queste restrizioni anche tutte le convenzioni che inaspriscono le conseguenze giuridiche della fine del mandato addossandole alla parte che pone fine al contratto. Ciò concerne in particolare la convenzione sul risarcimento dell'interesse positivo o una pena convenzionale. La dottrina e la giurisprudenza si occupano delle condizioni generali soprattutto in relazione con la conclusione, il contenuto e l'interpretazione dei contratti⁶³; le condizioni generali sono espressamente menzionate dal legislatore negli articoli 256 CO e 8 LCSI⁶⁴. L'avamprogetto si fonda sulla nozione generale di condizioni generali secondo il diritto svizzero. Nel presente contesto sono quindi considerate condizioni generali le condizioni contrattuali preformulate, anticipatamente allestite in modo unilaterale da una delle parti al fine di disciplinare un numero indeterminato di futuri contratti con un numero indeterminato di futuri partner contrattuali. È determinante stabilire se la versione delle condizioni generali è rimasta sostanzialmente quella redatta dall'autore senza negoziati sul contenuto del contratto, o se l'autore ha negoziato con il partner contrattuale almeno in misura tale da poter equiparare il risultato del negoziato a un contratto individualmente negoziato⁶⁵. Per la qualificazione delle condizioni generali è irrilevante che le disposizioni siano contenute nel testo medesimo del contratto o ne costituiscano una parte separata. Nella nozione di condizioni generali entrano quindi in particolare i *contratti modello*⁶⁶.

Inoltre, come già rilevato (cfr. n. 2.1.1), tutte le convenzioni tra le parti devono rispettare i limiti imperativi posti dalle disposizioni generali degli articoli 19 capoverso 2 CO e 27 CC⁶⁷. I contratti che violano la *sfera dei diritti strettamente personali* di una persona sono contrari alla morale e quindi nulli⁶⁸. In virtù di queste disposizioni non può quindi sussistere un diritto del mandatario di operare nella sfera strettamente personale del mandante. Sulla base di queste disposizioni, il paziente può per esempio porre fine al mandato del medico in ogni momento, anche se il diritto di farlo in ogni momento è stato escluso⁶⁹. D'altra parte un *vincolo contrattuale* al di fuori del settore strettamente personale può *eccedere la misura ammissibile* secondo l'articolo 27 capoverso 2 CC⁷⁰. In virtù di questo principio la

⁶³ Cfr. p. es. *Gauch/Schluep/Schmid*, 1116 segg. e 1240 segg.

⁶⁴ Legge federale del 19 dicembre 1986 sulla concorrenza sleale, RS 241.

⁶⁵ Sentenza del Tribunale federale del 28 nov. 2002, n. 4P.135/2002, consid.3.1 e 3.3.

⁶⁶ Cfr. sentenza del Tribunale federale del 28 nov. 2002, n. 4P.135/2002, consid.3.1.

⁶⁷ Cfr. in proposito i pertinenti pareri dottrinali citati al n. 2.1.1, in particolare *Gauch*, pag. 18 seg.

⁶⁸ Cfr. *Aebi-Müller*, Art. 27 N 8; *Kut*, Art. 19–20 N 31.

⁶⁹ *Gauch*, pag. 19.

⁷⁰ Cfr. in proposito *Aebi-Müller*, Art. 27 N 9 segg.; *Kut*, Art. 19–20 N 31.

legge prevede espressamente che determinati contratti di durata possano essere terminati anzitempo per motivi gravi⁷¹. Dall'articolo 27 capoverso 2 CC si ricava inoltre la regola secondo cui i contratti di durata possono essere terminati anzitempo per motivi gravi che rendono insostenibile l'adempimento del contratto⁷². Tenuto conto di questo principio e del fatto che il mandato non è forzatamente un contratto di durata, l'avamprogetto rinuncia a una speciale normativa per i mandati di durata.

A titolo complementare occorre rilevare che la soppressione o la limitazione del diritto di revocare o disdire il mandato in ogni momento valgono a condizione di rispettare le altre disposizioni imperative di altri settori del diritto (cfr. per esempio la durata del mandato dell'ufficio di revisione e la possibilità dell'ufficio di revisione di dare le dimissioni in ogni momento, art. 730a CO).

Inoltre, per motivi di chiarezza sono mantenuti i termini «revoca» e «disdetta» attualmente in uso (cfr. nota 5).

3 Ripercussioni

3.1 Ripercussioni per la Confederazione

Il progetto non ha particolari ripercussioni per la Confederazione.

3.2 Ripercussioni per i Cantoni e Comuni

Il progetto non ha ripercussioni per i Cantoni e i Comuni.

3.3 Ripercussioni per l'economia

Il progetto ha ripercussioni positive per l'economia nazionale. Permette alle parti di un mandato (o di un contratto innominato con elementi di mandato) di consolidare notevolmente, mediante patti reciproci, il principio del diritto svizzero secondo cui i contratti conclusi vanno rispettati (*pacta sunt servanda*). Le parti non devono più tollerare che il mandato sia disdetto in modo infondato in qualsiasi momento. Le parti possono così tutelare le disposizioni che prendono per l'adempimento del contratto con particolare vantaggio dei fornitori e dei clienti di prestazioni specializzate. I relativi contratti svolgono un ruolo importante nell'economia moderna, per esempio nel settore dell'informatica o in quello dell'outsourcing di servizi. Gli attori di questi settori dispongono quindi di solide fondamenta su cui sviluppare i loro negozi giuridici. La presente modifica di legge aumenta l'attrattiva della piazza economica svizzera. Al contempo, con questo progetto le piccole e medie imprese sono tutelate dal dover accettare senza ulteriori trattative la soppressione del diritto di porre termine al contratto in qualsiasi momento prevista nelle condizioni generali di un partner contrattuale più forte. Ciò è importante soprattutto perché la legge federale contro la concorrenza sleale⁷³ (LCSI) tutela solo i consumatori, e non le

⁷¹ Cfr. p. es. art. 337 CO per il contratto di lavoro, art. 266g CO per il contratto di locazione, art. 418r CO per il contratto d'agenzia e art. 527 CO per la società semplice.

⁷² DTF 128 III 429 seg.; 122 III 265 segg.; 92 II 300 seg.

⁷³ Legge federale del 19 dicembre 1986 contro la concorrenza sleale (RS 241).

imprese, da condizioni commerciali abusive (cfr. art. 8 LCSI). In determinate circostanze le piccole e medie imprese possono però trovarsi in una situazione ugualmente debole nei confronti di grandi fornitori⁷⁴. Infine l'avamprogetto rende più attrattiva la scelta del diritto svizzero per i contratti internazionali di prestazione di servizi, il che dovrebbe avere ripercussioni positive per la Svizzera in quanto foro arbitrale.

3.4 Ripercussioni per la società

A parte le ripercussioni economiche positive, le ripercussioni sociali dovrebbero essere minime. I privati o i consumatori non saranno di regola toccati dalla mutata situazione giuridica o comunque non vi saranno per loro ripercussioni negative. Complessivamente il diritto di porre termine al mandato in qualsiasi momento va considerato nell'interesse dei consumatori, che di solito rivestono il ruolo del mandante, mentre i mandatari sono quasi sempre fornitori di servizi di massa. Proprio nei contratti con i consumatori spesso però non è possibile effettuare una valutazione definitiva della qualità della prestazione a causa del divario informativo tra i consumatori e il fornitore. L'attività del fornitore, soprattutto nei contratti relativi a prestazioni specialistiche o tecniche, può essere raramente verificata e giudicata in modo efficace. Per tale motivo tanto maggiore è la fiducia che i consumatori devono concedere al mandatario al momento della conclusione del contratto e tanto più importante e giustificato è il diritto di porre fine al contratto in qualsiasi momento (cfr. n. 2.1.1). Nella maggior parte dei casi i consumatori conserveranno il diritto di terminare il mandato in ogni momento nei confronti dei fornitori di servizi di massa, poiché questi negozi giuridici sono di regola conclusi mediante contratti modello, che sono considerati condizioni generali. La possibilità di abusi è di conseguenza molto esigua. Il presente avamprogetto rispetta quindi il mandato della Confederazione di tutelare i consumatori, sancito nella Costituzione⁷⁵ (cfr. art. 97 cpv. 1 Cost.). D'altro canto mantenere il diritto di porre termine al mandato in qualsiasi momento come regola di base per i privati risulta vantaggioso nella misura in cui questi sono relativamente spesso mandanti di mandati tipici come in particolare quelli conferiti a medici, dentisti o avvocati. In tali casi questa regolamentazione risulta idonea e, nel caso in cui desiderino porre anticipatamente fine a un contratto, i privati non devono richiamarsi alle regole sulla tutela della personalità (cfr. n. 2.1.1 e 2.2). Sopprimere il diritto di porre fine al contratto in qualsiasi momento tra e nei confronti di privati e consumatori è ammissibile soltanto negli accordi individuali, il che significa che entrambe le parti contrattuali devono necessariamente discuterne. È esclusa la possibilità di adottare un tale accordo senza esserne effettivamente a conoscenza (cosiddetta accettazione globale).

⁷⁴ Con questa motivazione l'iniziativa parlamentare Flach (14.440) chiede di sopprimere la limitazione del campo di applicazione dell'articolo 8 LCSI ai contratti con i consumatori. Le Commissioni degli affari giuridici di entrambe le Camere hanno dato seguito all'iniziativa.

⁷⁵ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999, RS 101.

4 Diritto transitorio

Occorre stabilire quali ripercussioni avrà la modifica del diritto del mandato sui contratti in corso. Senza una particolare normativa transitoria, nel diritto privato si applicano gli articoli 1–4 Titolo finale CC. L'articolo 1 Titolo finale sancisce la regola fondamentale della non retroattività di una modifica di legge. Esso tutela la fiducia in diritti un tempo conformi alla legge sulla cui base sono stati conclusi negozi giuridici⁷⁶. Invece gli articoli 2–3 Titolo finale CC stabiliscono i casi in cui una normativa ha effetto retroattivo in deroga alla regola fondamentale. Attualmente non vi è tuttavia alcun caso di applicazione di questa disposizione, di modo che la questione del diritto applicabile è regolata dall'articolo 1 Titolo finale CC.

La fiducia delle parti di un contratto nell'applicazione finora imperativa dell'articolo 404 CC va quindi tutelata. Se il contratto è concluso prima dell'entrata in vigore del nuovo diritto tale applicazione imperativa vale senza restrizioni. Per i contratti in corso, le parti sono tuttavia libere di adottare regole diverse *dopo* l'entrata in vigore del nuovo diritto o di rinnovare una convenzione derogatoria conclusa sotto l'egida del diritto previgente, rendendola imperativa.

5 Costituzionalità e legalità

Il progetto si fonda sull'articolo 122 capoverso 1 della Costituzione federale che dà alla Confederazione la competenza di legiferare nel campo del diritto civile e della procedura civile.

⁷⁶ DTF 140 III 406; DTF 138 III 662.

Bibliografia

Aebi-Müller Regina E., Kommentar zu Art. 27–30a ZGB, in: Breitschmid Peter et al. (a. c. di), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht inkl. Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, 3^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2016.

Becker Hermann, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Berna 1934.

Bernet Martin, Kommentar zu Art. 91–96, in: Honsell Heinrich et al. (a. c. di), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1–529 OR, 6^a ed., Basilea 2015 (cit. *Bernet*).

Bucher Eugen, Obligationenrecht: Besonderer Teil, 3^a ed., Zurigo 1988.

Buff Felix/von der Crone Hans Caspar, Zwingende Natur von Art. 404 OR – Bundesgerichtsurteil 4A_284/2013 vom 13. Februar 2014, SZW 2014, pag. 332 segg.

Bühler Theodor, Zürcher Kommentar, Band V: Obligationenrecht, Teilband 2d: Der Werkvertrag, Art. 363–379 OR, 3^a ed., Zurigo 1998.

Derendinger Peter, Die Nicht- und die nichtrichtige Erfüllung des einfachen Auftrages, tesi, Friburgo 1988.

Engel Pierre, Contrats de droit suisse, Berna 2000.

Fellmann Walter, Berner Kommentar, Band VI: Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406 OR, Berna 1992.

Gauch Peter, Art. 404 OR – Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters, recht 1992, pag. 9 segg.

Gauch Peter/Schlupe Walter R./Schmid Jörg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 10^a ed., Zurigo 2014.

Gauch Peter/Schlupe Walter R./Emmenegger Susan, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10^a ed., Zurigo 2014.

Gautschi Georg, Berner Kommentar, Band VI: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394–406, Berna 1960.

Gehrer Carole/Giger Gion, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Huguenin Claire et al. (a. c. di), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Vertragsverhältnisse Teil 2: Arbeitsvertrag, Werkvertrag, Auftrag, GoA, Bürgschaft, 3^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2016.

Hofstetter Josef, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Grossen Jacques-Michel et al. (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, 7. Band: Obligationenrecht – Besondere Rechtsverhältnisse, 6. Teilband, (a. c. di Wolfgang Wiegand), Basilea 2000.

Honsell Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht – Besonderer Teil, 9^a ed., Berna 2010.

Huguenin Claire, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2^a ed., Zurigo 2014.

- Koller-Tumler Marlis*, Jederzeitiger Widerruf im Auftragsrecht?, recht 1984, pag. 49 segg.
- Kut Ahmet*, Kommentar zu Art. 1–40g OR, in: Andreas Furrer et al. (Hrsg.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, 3^a ed., Zurigo/Basilea/Ginevra 2016.
- Leuenerberger Christoph*, Dienstleistungsverträge, ZSR 106 (1987) II, pag. 1 segg.
- Liatowitsch Manuel/Mondini Andrea*, Jederzeitige Kündbarkeit von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz, AJP 2009, pag. 294 segg.
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band: Das Obligationenrecht, 2. Teil: Art. 184–418, 2^a ed., Zurigo 1936.
- Peyer Jürg*, Der Widerruf im Schweizerischen Auftragsrecht, tesi, Zurigo 1974.
- Reber Markus*, Art. 404 OR – ein erraticus Block aus dem römischen Recht im heutigen Auftragsrecht, in: Pichonnaz Pascal et al. (a c. di), Spuren des römischen Rechts, Festschrift für Bruno Huwiler zum 65. Geburtstag, Berna 2007, pag. 499 segg.
- Schneeberger Thomas René*, Der Einfluss des Entgelts auf die rechtliche Stellung des Beauftragten: im Bereich der Verschuldenshaftung, der Substitutenhaftung und der jederzeitigen Beendigung des Auftrages im schweizerischen Obligationenrecht verglichen mit dem römischen Recht und dem BGB, tesi, Berna 1992.
- Schwenzer Ingeborg*, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6^a ed., Berna 2012.
- Tercier Pierre/Favre Pascal G.*, Les contrats spéciaux, 4^a ed., Ginevra/Zurigo/Basilea 2009.
- Weber Rolf H.*, Aktuelle Probleme im Recht des einfachen Auftrags, AJP 1992, pag. 177 segg. (cit. *Weber*, AJP)
- Weber Rolf H.*, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Honsell Heinrich et al. (a c. di.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, OR I, Art. 1–529 OR, 6^a ed., Basilea 2015 (cit. *BSK-Weber*).
- Werro Franz*, Baurecht 1991, pag. 55 segg. (cit. *Werro*, Baurecht).
- Werro Franz*, Kommentar zu Art. 394–406 OR, in: Thévenoz Luc et al. (a c. di), Commentaire romand, Code des obligations, Art. 1–529 CO, 2^a ed., Basilea 2012 (cit. *CR-Werro*).
- Werro Franz*, Le mandat et ses effets: une étude sur le contrat d'activité indépendante selon le Code suisse des obligations: analyse critique et comparative, Friburgo 1993 (cit. *Werro*, mandat).
- Werro Franz/Carron Maxence/Douzals Jacques*, Les enjeux et la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO, AJP 2013, pag. 213 segg.