

Repubblica e Cantone Ticino  
Consiglio di Stato  
Piazza Governo 6  
Casella postale 2170  
6501 Bellinzona  
telefono +41 91 814 43 20  
fax +41 91 814 44 35  
e-mail can-sc@ti.ch

Repubblica e Cantone  
Ticino

## Il Consiglio di Stato

Consigliera federale  
Simonetta Sommaruga  
Capo del Dipartimento federale  
di giustizia e polizia  
Palazzo federale ovest  
3003 Berna

### Procedura di consultazione concernente la modifica del Codice delle obbligazioni (Mandato)

Stimata Consigliera federale,  
Gentili Signore, Egregi Signori,

abbiamo ricevuto la documentazione relativa alla summenzionata procedura di consultazione e ringraziamo per l'opportunità offertaci di esprimere il nostro parere in proposito.

La tematica verte essenzialmente sulla modifica dell'art. 404 CO, attinente la facoltà di disdetta del contratto di mandato e le relative conseguenze. La proposta di revisione prende le mosse dalla mozione 29 settembre 2011 dell'allora Consigliere nazionale Barthassat 111.3909 "*Un diritto di mandato e un art. 404 CO al passo coi tempi*", accolta dalle Camere federali e demandata al Consiglio federale per la sua attuazione. L'avamprogetto si diparte dalla constatazione di come il contratto di mandato risulti la forma più generale che configura il contratto di prestazioni di servizi risultando quindi assai diffusa. Alcuni tratti caratteristici permettono di distinguerlo da altre tipologie di negozi giuridici affini. Infatti, giusta l'art. 394 cpv. 2 CO, rientrano in questa categoria i contratti relativi ad una prestazione lavorativa non ricompresi in altre configurazioni contrattuali regolate espressamente dalla legge. A differenza di quanto era il caso in precedenza, la giurisprudenza è col tempo evoluta nel senso di ammettere anche l'esistenza di cosiddetti contratti innominati, segnatamente misti o *sui generis*, che non richiedono necessariamente l'applicazione a titolo esclusivo delle norme relative al diritto del mandato, qualora le stesse non risultino appropriate al caso concreto. Questo avviene in parallelo con l'espansione in atto del quadro dell'evoluzione tecnica ed economica riscontrata nell'ambito delle transazioni e della finanza, all'origine di una considerevole crescita del settore delle prestazioni dei servizi. Conseguentemente la contrattualistica in questo ambito si appalesa viepiù ampia e variegata, includendo componenti di natura eteroclita.

L'avamprogetto elaborato sulla scia della mozione Barthassat si propone di modificare la regolamentazione vigente in caso di inadempienza segnatamente di fine prematura del mandato e le relative conseguenze. Ciò avverrebbe mediante un'inflexione apportata alla normativa legale, che vuole come dalle parti possa essere posto fine al mandato in ogni momento (art. 404 cpv. 1 CO) salvo circostanze particolari. Stando alla giurisprudenza pluriennale del Tribunale federale, tale disposizione riveste carattere imperativo, di guisa che non risulterebbe possibile derogarvi mediante accordi specifici. In tal caso per l'altra parte contraente si prospetta unicamente la possibilità di far valere eventuali pretese risarcitorie limitatamente alla rifusione dei costi sino ad allora sopportati, corrispondenti all'interesse negativo.

La dottrina più recente sembra pronunciarsi sovente in modo critico nei confronti di questa giurisprudenza, quand'anche con modalità e sfumature affatto univoche tra loro per quanto attiene le esigenze proprie alle varie tipologie di mandato<sup>1</sup>. In sostanza, ciò avviene negando che la natura della disposizione in oggetto possa essere ritenuta connaturalmente di carattere inderogabile<sup>2</sup> e ricordando come fosse riferita storicamente a una configurazione giuridica sensibilmente più circoscritta, allorché in particolare la messa a disposizione onerosa di servizi era retta da norme specifiche (art. 319 ss. vCO), abrogate nel 1971, e oramai mutate coi tempi così da rivelare una visione oramai anacronistica<sup>3</sup>, e proponendo nuove interpretazioni volte a sormontare le difficoltà poste da tale rigidità<sup>4</sup>.

Ciò premesso, con il progetto di modifica in esame si intende ora introdurre una modifica all'art. 404 CO partendo dalla constatazione che col tempo sono venute a delinearsi nuove esigenze che richiedono una accresciuta tutela alla sicurezza delle transazioni onde andare incontro agli attuali bisogni dell'economia prevedendo la possibilità di derogare al regime legale vigente e rendendo la formulazione dell'art. 404 cpv. 1 CO di carattere dispositivo. Per evitare abusi, simile clausola non potrebbe però essere in ogni caso semplicemente inserita in condizioni preconfezionate, pena la nullità di cui all'art. 404a cpv. 2 APCC (cfr. art. 8 della Legge sulla concorrenza sleale). In simili circostanze un'inottemperanza ingiustificata a tale limitazione verrebbe ad implicare le conseguenze legali previste in caso di violazione dei doveri contrattuali, di cui agli art. 97 ss. e 107 ss. CO. In effetti, la dottrina suole operare una distinzione basilare a seconda della presenza di contratti tipici od atipici. Nei primi il rapporto di mandato appare fondato sulla fiducia quale elemento primordiale della relazione contrattuale. Quando questa viene meno appare insostenibile pretendere che una parte possa essere tenuta a continuare la stessa per un lasso di tempo indeterminato a discrezione del mandatario. Si pensi in particolare al rapporto con un medico un avvocato, un gestore finanziario. Tale inconciliabilità sussiste anche se la proposta in esame si limita a conferire la facoltà alle parti di concordare preventivamente la soppressione o la limitazione del diritto di revoca rispettivamente di disdetta del mandato in ogni tempo, oggi sancito dall'art. 404 cpv. 1 CO. Questo per sua natura comporta infatti un elemento intrinseco di labilità, di incertezza e di imprevedibilità. Occorre peraltro pure evidenziare come a mente di taluni l'interesse al puntuale adempimento del mandato si manifesta sovente in modo ineguale, a seconda del punto di vista del mandante, rispettivamente del mandatario, e che la facoltà di revoca incondizionata si addice soprattutto al primo di essi<sup>5</sup>. Nella pratica si intravede il rischio concreto che il mandante possa non rendersi conto delle gravose conseguenze che una simile pattuizione può comportare, o si trovi in una situazione tale da non poter fare altrimenti che sottoscriverla, poiché l'intervento del mandatario appare o viene reputato necessario proprio per le sue competenze specifiche. Nella realtà, infatti, posizioni di forza non si manifestano esclusivamente nel proporre condizioni generali preformulate. Se una revoca o una disdetta in ogni tempo possono risultare altrettanto gravose, va rilevato che esse non vengono di regola prese alla leggera, dato che se attuata in modo intempestivo, la parte che rescinde il contratto è tenuta a risarcire il danno che ne deriva (art. 404 cpv. 2 CO) che il Tribunale federale ha precisato non trattarsi dell'interesse positivo, quand'anche in particolari circostanze vi possa essere integrato anche il mancato guadagno derivante dalla rinuncia contestuale ad accettare proposte alternative, la logica soggiacente essendo sempre quella del rapporto di fiducia, di cui non appare pretendibile esigere la prosecuzione. E' bensì vero che giusta gli art. 27 cpv. 2 CC e 19 cpv. 2 CO, norme comunque di carattere indeterminato e quindi di non immediata applicazione ai cosiddetti mandati tipici come quello di un medico o un avvocato, si potrebbe comunque porre fine

<sup>1</sup> TERCIER P./FAVRE P., *Les contrats spéciaux*, 4a ediz., Zurigo 2009, n. 5296 ss.

<sup>2</sup> GAUCH P., *Art. 404 OR - Sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwingenden Charakters*, in: *recht* 1992, pag. 9 ss.

<sup>3</sup> FELLMANN W., *Berner Kommentar*, Band VI/2, Bern 1992, n. 123 ad art. 404 CO; WERRO F./THÉVENOZ L. (editori), *Code des Obligations I*, Art. 1-529 CO, 2a ediz., Basilea 2012, n. 10 ss. ad art. 394 CO.

<sup>4</sup> WERRO F., *La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: La clé de l'interprétation de l'art. 404 CO*, in: *BR* 1991/3, pag. 55 ss.; WERRO F./CARRON M./DOUZALS J., *Les enjeux de la concrétisation de la réforme de l'art. 404 CO*, in: *AJP* 2013, pag. 213 ss.

<sup>5</sup> WEBER R. H., *Basler Kommentar zum Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 6a ediz., Basilea 2015, n. 8 ad art. 404 CO.

al rapporto in ogni tempo. E' lecito al proposito domandarsi se abbia senso rivedere la norma modificando così la portata dell'art. 404 CO in modo avulso alla natura del medesimo, per poi doversi avvalere di normative generali per porre rimedio alle conseguenze negative che ne possono scaturire.

A pag. 10 dell'avamprogetto viene indicato che le norme citate sopra (art. 27 CC, rispettivamente art. 19 CO) garantiscono anche il diritto di disdire in ogni tempo il contratto per gravi motivi. Tuttavia la convinzione ad esempio che il mandatario non sia più degno di fiducia non si fonda necessariamente su simili presupposti che devono peraltro essere dimostrati, cosa non sempre agevole. La parte mandante si vedrebbe quindi in definitiva costretta a continuare un rapporto al quale fa oramai difetto un elemento fondante, perché non in misura di dimostrare l'esistenza di siffatti gravi motivi se non vedendosi tenuta a risarcire il danno integrale per la medesima ragione. In tal senso appare sottoposto a riserva quanto indicato a pag. 14 dell'avamprogetto, laddove si sostiene che le norme della parte generale (art. 27 CC) costituiscono in ogni caso una protezione adeguata, rendendo superflua in simili circostanze quella oggi offerta dall'art. 404 cpv. 1 CO. Siosservi pure per riprendere l'esempio del mandato medico, come i pazienti non necessariamente conoscono le disposizioni iniziali del CC rispettivamente del CO e la loro applicabilità ai cosiddetti mandati tipici. Il risultato appare poi per certi versi curioso: da un lato viene concessa la facoltà di sopprimere il diritto di revoca in ogni momento, dall'altro si spiega che il medesimo diritto è messo in scacco da norme generali. Non va poi disatteso che tale soluzione potrebbe rivelarsi pure in contrasto con la tradizione elvetica che aspira ad una regolamentazione giuridica di agevole comprensione anche ai non giuristi, così da indebolire sensibilmente la sicurezza giuridica delle transazioni. In questo contesto non va misconosciuta la natura indeterminata del contratto di mandato, che presenta nel tempo un decorso fondamentalmente libero della relazione instaurata fra le parti, che difficilmente può venire predefinito *ab initio*. Questa peculiarità contribuisce a rendere difficilmente ipotizzabile il ricorso a vie coercitive di esecuzione giudiziaria in particolare nei confronti del mandatario, atteso il connotato come visto indeterminato di questo tipo di negozio<sup>6</sup>. La natura tecnica delle prestazioni comporta pure sovente una certa difficoltà da parte del mandante di valutare subito in corso di esecuzione la qualità delle prestazioni del mandatario. Certo stando a vari autori tali considerazioni paiono attagliarsi scarsamente ai contratti di mandato atipici o di durata<sup>7</sup>, laddove appare più difficile giustificare un simile regime, in particolare nell'ambito commerciale in presenza di prestazioni professionali a cui mira avantutto l'avamprogetto, con particolare riferimento a contratti di collaborazione fra le imprese, ricerca e sviluppo, outsourcing e contratti di servizi informatici ecc., ove appare predominante l'interesse economico. A questo proposito lo stesso rinuncia però ad optare per una regolamentazione specifica, allegando motivi di praticabilità (cfr. pag. 15 dell'avamprogetto).

Posto quanto precede, la soluzione al problema sollevato dalla mozione Barthassat non sembra consistere tanto nello spostare il baricentro del rapporto di fiducia in considerazioni di natura patrimoniale, quanto nell'approccio offerto dai tribunali a tale assetto. Infatti, laddove la componente della fiducia non appare di primaria importanza o non si scosta da quella che si impone in genere nelle relazioni giuridiche ad esempio in un contratto di appalto, oppure ancora ove ci si trova un presenza di contratti misti o innominati, per i quali non si attaglia il ricorso alle regole del mandato, nulla osta a che si applichi a seconda della fattispecie la normativa maggiormente consona a tali rapporti giuridici, in linea con la tendenza manifestata da parte della giurisprudenza del Tribunale federale sebbene non accolta unanimemente dalla dottrina, che vorrebbe in parte estendere la portata dell'art. 394 cpv. 2 CO.

A pag. 11 dell'avamprogetto è indicato che i tribunali cantonali in presenza di contratti di natura composita tenderebbero ad eludere almeno in parte la giurisprudenza del Tribunale federale, rifuggendo dal diritto del mandato. Tale riflessione riprende quanto asserito da parte di alcuni autori in punto alla presunta sussidiarietà del contratto di mandato ai sensi dell'art. 394 cpv. 2

<sup>6</sup> BUFF F./VON DER CRONE H.C., Zwingende Natur von Art. 404 OR, in: SZW 3/2014, pag. 332.

<sup>7</sup> GAUCH P., Der Auftrag, der Dauervertrag und Art. 404 OR, Ein Kurzbeitrag zur Rechtsprechung des Bundesgerichts, in: SJZ 101/2005, pag. 520 ss.

CO<sup>8</sup>, che si riverbera a loro dire anche sull'opzione a favore di sistemi giuridici esteri effettuata allo scopo di sfuggire ai rigori dell'art. 404 cpv. 1 CO, sottraendo così del substrato all'economia locale. In realtà si tratta *in primis* di non applicare le regole del mandato, laddove esse non appaiono adeguate e consone alla fattispecie da giudicare. A comprova si citi la recente sentenza del Tribunale federale del 18 luglio 2016 in un caso ticinese, inc. 4A\_146/2016, ove l'Alta Corte ha trattato proprio una fattispecie inerente ad un contratto di servizio concernente un'azienda ove erano promesse sia prestazioni concrete di comunicazione e di relazione con i media, sia una consulenza sulle strategie di comunicazione. In concreto il Tribunale federale ha reputato trattarsi in realtà di un contratto di durata, che pur denotando le caratteristiche dell'appalto per quanto attiene alla natura della prestazione tipica, si rivelava un contratto *sui generis* innominato. Esso ha spiegato, infatti, che l'attività della parte presunta mandataria produceva risultati concreti oggettivamente misurabili (articoli, interviste, conferenze stampa, incontri, rassegne stampa e rapporti, oltre a manifestazioni e "attività ludiche", poco importando se per la diffusione occorreva il concorso di terzi ossia dei media). Si trattava in definitiva di opere immateriali ai sensi dell'art. 363 CO; l'Alta Corte ha poi precisato che il diritto di revoca in ogni tempo secondo l'art. 404 cpv. 1 CO, invocato dalla parte opponente, non poteva entrare in considerazione, ricordando che la sua giustificazione sta nel fatto che il mandato presuppone un rapporto di fiducia talmente intenso tra le parti, da rendere insostenibile il mantenimento del contratto quando la fiducia viene a mancare. Essa ha osservato che la prassi ammette che l'art. 404 cpv. 1 CO possa applicarsi anche a taluni contratti misti, qualora la durata dei vincoli contrattuali faccia apparire adeguate le regole sul mandato, mentre nella fattispecie la questione non si poneva in questi termini, poiché per l'appunto non si era in presenza di un simile tipo di contratto. L'Alta Corte ha ben evidenziato che la fiducia sulla quale insisteva l'opponente era analoga a quella che vige nel contratto di appalto tipico, con la conseguenza che una revoca fondata sull'art. 404 cpv. 1 CO appariva esclusa.

Stante quanto precede, siamo dell'avviso che la modifica della norma sul mandato come proposto non costituisca la soluzione ottimale. Pur prendendo atto che potranno presentarsi delle situazioni critiche, non si intravedono motivi sufficienti per giustificare un intervento da parte del legislatore. In definitiva il Consiglio di Stato condivide l'obiettivo del Consiglio federale di prevedere delle normative particolari che tengano conto dell'evoluzione osservata in alcuni contesti del contratto di mandato "classico" a un contratto di mandato "duraturo" a tutto vantaggio dell'attrattività della piazza economica svizzera per gli investitori esteri. In questo senso, invitiamo tuttavia il Consiglio federale a concretizzare questo obiettivo secondo altre modalità, tenuto conto degli argomenti sollevati nel nostro scritto.

Vogliate gradire, stimata Consigliera federale, gentili Signore ed egregi Signori, l'espressione della nostra massima stima.

PER IL CONSIGLIO DI STATO

Il Presidente:



Paolo Beltraminelli

Il Cancelliere:



Arnoldo Coturi

Copia per conoscenza:

- Direzione del Dipartimento delle istituzioni ([di-dir@ti.ch](mailto:di-dir@ti.ch));
- Segreteria generale del Dipartimento delle istituzioni ([di-sg@ti.ch](mailto:di-sg@ti.ch));
- Divisione della giustizia ([di-dg@ti.ch](mailto:di-dg@ti.ch));
- Deputazione ticinese alle Camere federali ([can-relazioniesterne@ti.ch](mailto:can-relazioniesterne@ti.ch));
- Pubblicazione in Internet.

<sup>8</sup> WEBER R. H., Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 6a ediz., Basilea 2015, n. 10 ad art. 404 CO; MONDINI A./LIATOWITSCH M., Jederzeitige Kündigung von Aufträgen schadet dem Dienstleistungsstandort Schweiz - Zeit für eine Praxisänderung zu art. 404 OR, in: AJP 18/2009, pag. 294 ss.