

## DIRITTO CIVILE

VII e VIII settimana

I parte



### TRACCE

**Traccia n. 1:** Il candidato, premessi brevi cenni sul concetto di proprietà fiduciaria, con particolare riguardo alla sua liceità e alle differenze con il negozio simulato, illustri la fattispecie relativa all'intestazione fiduciaria di un bene immobile esaminando, nello specifico, le conseguenze derivanti dall'inadempimento del fiduciario.

**Traccia n. 2:** la tutela dell'assicurato in qualità di consumatore

**Traccia n. 3** Il candidato, dopo aver illustrato nelle sue linee generali le caratteristiche generali dei negozi unilaterali, esamini la specifica disciplina della promessa unilaterale atipica e tipica.

**Compitino n. 1:** la rappresentanza legale degli amministratori nelle s.p.a., differenze con il potere gestorio. Ipotesi di conflitto d'interesse (30 righe)

**Compitino n. 2** il mandato con rappresentanza e il contratto con se stesso (35 righe)

**Compitino n. 3** la nullità di protezione prevista dall'art. 36 D. Lvo n. 205/05 (40 righe)

Sommario: 1. Il Negozio giuridico (p.1) 2. Gli elementi essenziali (p.3). 3. Il soggetto. La rappresentanza (p.3) 4. La volontà. (p.6) 5. Il negozio indiretto. (p.10) 6. I vizi della volontà. (p.11) 7. La Forma. (p.13) 8. La causa (p.16) . 9. Gli elementi accidentali del negozio (p.19). 10. I Negozi unilaterali e le promesse unilaterali (p. 26) (p.32) .11. Il contratto (p.37) . 12. la possibilità dell'oggetto (p. 51) 13. contratti per relationem (p.53). 14. La forma del contratto (p 56) . 15. Atto pubblico e scrittura privata (p.57).

16. Forma ad substantiam e ad probationem. 17. Patto sulla forma del contratto (p.63). 18. La ripetizione del contratto (p.68). 19. La causa fiduciaria e il contratto fiduciario (p.69). 20 L'invalidità in generale (p.76) . 21. La simulazione (p.81) . 22.la risoluzione del contratto (p.88) . 23. la rescissione del contratto (p.98) . 24. L'interpretazione del contratto (p.104). 25. La responsabilità contrattuale (p.109). 26. L'abuso del diritto. 27. L'impossibilità della prestazione. 28. responsabilità contrattuale, extracontrattuale e/o precontrattuale della Banca (p.112)

## **1.IL NEGOZIO GIURIDICO**

La più grande categoria degli atti volontari e leciti è formata dai negozi giuridici i quali sono le manifestazioni di volontà rivolte a uno scopo pratico che consiste nella costituzione, modificazione o estinzione di una situazione meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico. Il negozio giuridico è lo strumento di maggior rilievo tramite cui si attua nel Diritto Privato l'autonomia dei soggetti. Il soggetto che è capace di agire è dotato di un potere di disporre che rappresenta quindi l'aspetto dinamico della menzionata capacità di agire. Il potere di disposizione è considerato a sé stante quando è riconosciuto su un diritto altrui e rappresenta così un allargamento della legittimazione che è presupposto della efficacia dei negozi giuridici. Speciale è invece il potere di disposizione riconosciuto mortis causa per mezzo del testamento. I principali effetti giuridici causati dalla manifestazione di volontà sono voluti e previsti dal soggetto che la compie. Altri invece non sono voluti e previsti ma derivano direttamente dalla Legge.

Bisogna dire che non esiste la figura di negozio giuridico ma esistono vari negozi anche diversi tra loro. La definizione negozio giuridico è una categoria creata dalla dottrina per trovare una disciplina comune di diversi negozi giuridici. Il codice civile non parla di negozio giuridico e infatti le regole che si vanno qui a spiegare sono proprie dei singoli negozi e in particolare dei contratti in generale. Il contratto è il prototipo di negozio giuridico perché le norme dettate per la sua disciplina, come afferma l'articolo 1324 del codice civile, sono applicabili, in quanto compatibili, anche agli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale (esempio: procura, disdetta, ecc.).

L'ambito in cui si può esplicare l'attività negoziale non è ristretto in limiti prestabiliti e assai vasta è l'autonomia privata.

Un negozio giuridico può avere un contenuto quanto più vario (non dipendendo che esso sia un negozio come atto o un negozio come regolamento). Nella struttura del negozio però si possono incontrare degli elementi che sono essenziali e degli elementi che invece risultano essere accidentali. Sono elementi essenziali gli elementi che sono indispensabili per l'esistenza stessa del negozio giuridico e la cui mancanza determina

l'invalidità del negozio giuridico. Sono, invece, elementi accidentali quegli elementi "modali" che sono le parti a decidere di inserire sotto forma di clausole. Essi incidono la disciplina legale senza intaccare il particolare tipo di negozio o ne limitano in qualche modo il contenuto normativo. A fianco a questi due elementi esistono alcuni elementi cd. naturali (secondo parte della dottrina da considerarsi neppure tanto elementi quanto effetti giuridici derivanti dalla natura stessa del contratto). Questi elementi sono dalla norma stessa e servono a completare la disciplina del negozio a fianco al regolamento volontario.

## **2. Gli elementi essenziali**

Sono elementi essenziali del negozio giuridico in generale: uno o più soggetti, la volontà (o meglio una forma di manifestazione della volontà) e la causa. Solo per alcuni negozi sono essenziali alcuni altri elementi come ad esempio per i negozi patrimoniali è essenziale l'oggetto, per l'assicurazione il rischio, per la cambiale la scadenza e senza di essi non si avrebbe una valida compravendita, assicurazione o cambiale.

## **3 . Il soggetto**

Un negozio, essendo un atto dinamico, necessita che ci sia una o più volontà e quindi ci sia la presenza di almeno un autore dell'atto volitivo (parte in senso formale) fornito, di regola, di capacità di agire. Come atto che incide sulla realtà, un negozio produce le sue conseguenze giuridiche rispetto almeno a un soggetto che è dotato di una capacità di diritto (parte in senso sostanziale). La parte, intesa come il centro d'interessi, può essere semplice o complessa a seconda che siano una o più persone a manifestare insieme la loro volontà, concorrenti a costituire l'atto che ne risulta. Si dice atto collettivo l'atto che risulta composto di più atti di volizione di eguale contenuto e provenienti da più persone che si muovono parallelamente per formare una manifestazione unitaria verso l'esterno. In questo caso la manifestazione di volontà si presenta unica solo verso l'esterno, permangono invece nel rapporto interno tra le varie persone distinti interessi particolari che ognuno vuole tutelare e per il quale agisce (proprio questo lo distingue dall'atto collegiale che invece esprime la volontà di un organo collegiale decisa a maggioranza delle persone membri del collegio. Il principio maggioritario impone la soggezione della volontà della minoranza a quella della maggioranza ed è proprio questo che lo distingue sia dall'atto collettivo sia dall'atto complesso dove ci vuole la volontà concorde di tutti i soggetti che li pongono in essere). Diversamente nell'atto complesso varie dichiarazioni di volontà distinte si dirigono verso la tutela di un solo interesse e si fondano con reciproca compenetrazione dando origine a un'entità unitaria. Le volontà che formano l'atto complesso possono essere equivalente (atto complesso uguale, come quando viene attribuito a due rappresentanti un potere per cui entrambi devono agire insieme) oppure la volontà di uno può prevalere su quella dell'altro (atto complesso disuguale,

come quando il curatore integra la volontà dell'inabilitato). Normalmente la parte formale coincide con la parte sostanziale; in ogni caso ci deve essere una certa adeguazione del soggetto in senso formale rispetto alla parte interessata e questo adeguamento è la legittimazione. Se un soggetto ha il potere di manifestare la propria volontà con effetti rispetto a una data situazione giuridica si dice che è legittimato. Non sempre il soggetto titolare dell'interesse è lo stesso che esplica la volontà. A volte la legge autorizza altre persone ad agire in luogo di altre anche con effetti sul patrimonio di queste ultime. Questi fenomeni iscrivibili in una certa cooperazione giuridica tra i soggetti possono presentarsi sia sotto forma di un gruppo di soggetti che operano, oppure un soggetto che si sostituisce a un altro, oppure un soggetto che agisce alle dipendenze di un altro. Talvolta la legge autorizza un soggetto ad agire nell'interesse del soggetto che è titolare del rapporto giuridico (ad esempio la rappresentanza legale degli incapaci). Altre volte la legge invece autorizza un soggetto ad agire nel rapporto giuridico di un altro soggetto per soddisfare un proprio interesse e questo è il caso della sostituzione. Con un atto volontario si può anche allargare la legittimazione. Questo è il caso della rappresentanza volontaria con il quale per esempio si attribuisce a un terzo il potere di agire in nome e per conto dell'interessato oppure mediante la concessione fatta a un non titolare di disporre in nome proprio del diritto altrui (è il caso generale dell'autorizzazione come ad esempio nel mandato ad alienare senza rappresentanza). In numerose situazioni l'attività del soggetto è sottoposta, per l'efficacia della sua esplicazione, a procedimenti di varia natura, come integrazioni di volontà, autorizzazioni giudiziali o extragiudiziali.

## **La rappresentanza**

La rappresentanza in diritto privato è l'istituto per cui a un soggetto è attribuito un apposito potere di sostituirsi a un altro soggetto nel compimento di attività giuridica per conto di quest'ultimo e con effetti diretti nella sua sfera giuridica. In generale, qualsiasi atto giuridico può essere compiuto a mezzo di un rappresentante, con l'eccezione dei cosiddetti atti personalissimi: ad esempio, il testamento o, in generale, i negozi giuridici del diritto di famiglia.

La rappresentanza non va confusa con l'attività di semplice messo (detto anche portavoce o, in latino, nuncius), che è il soggetto incaricato di enunciare la volontà altrui a terzi. Infatti, mentre il rappresentante agisce in base a una volontà propria (sia pure nell'interesse altrui), il messo si limita a riferire ad altri la dichiarazione di volontà del rappresentato (come lo farebbe il latore di una lettera).

La rappresentanza può essere di vari tipi. Nella rappresentanza diretta il rappresentante pone in essere un'attività negoziale (eventualmente anche con terzi) spendendo il nome del rappresentato (contemplatio domini). In questo modo gli effetti negoziali si producono direttamente in capo al rappresentato. Si dice anche che, in

questo caso, il rappresentante stipula in nome e per conto del rappresentato. Nella rappresentanza indiretta (o impropria) il rappresentante non spende il nome del rappresentato, cosicché, generalmente (anche se vi sono rilevanti eccezioni da tener presente), gli effetti della negoziazione (unilaterale o bilaterale che sia) non si producono direttamente in capo al rappresentato, bensì, normalmente, in capo al rappresentante. Si dice anche che in tal caso il rappresentante stipula per conto (ma non in nome) del rappresentato. Nella rappresentanza organica (o istituzionale), il rappresentante ha funzione di organo esterno di una persona giuridica (o ente di fatto) ed è rivestito del potere di manifestare la volontà di quest'ultima: ad esempio l'amministratore di una società, il presidente di un'associazione, e così via. Tale potere trova fonte nella legge o nello statuto dell'ente in questione.

Le fonti del potere di rappresentanza (art. 1387, codice civile) sono due: la legge, che dà vita alla rappresentanza c.d. legale o necessaria (si pensi al caso dei genitori del minore, del tutore, del curatore fallimentare, ecc.). Si tratta di un caso di rappresentanza indiretta. Se invece è l'interessato, attraverso il conferimento di una procura, a dare la rappresentanza ci troviamo di fronte a una rappresentanza volontaria.

Si ha procura apparente' quando il rappresentato (falso) ha ingenerato nel terzo con il suo comportamento il ragionevole convincimento circa la sussistenza di un rapporto di rappresentanza. Il caso di falsus procurator previsto dall'art. 1398 c.c. è l'opposto: il soggetto in questione conclude un negozio con un terzo dicendo di rappresentare qualcuno, mentre non ha procura o ce l'ha (opera eccedendo i limiti della procura conferita) ma non per quel genere di negozio. Naturalmente in questo caso è il falsus procurator a rispondere dei danni sofferti dai terzi, salvo che il dominus sani il negozio compiuto dal falsus procurator attraverso l'istituto della ratifica. La ratifica non va confusa con la convalida che invece sana un vizio intrinseco dell'atto (sanatoria dell'annullabilità).

La procura può essere:

- **speciale o generale: è speciale quando riguarda solo un affare o una speciale categoria di affari. È generale invece quando si estende a tutti gli affari del rappresentato (ad esempio l'istitutore) e comprende di regola i soli atti di ordinaria amministrazione.**

- **espressa o tacita: è espressa se deriva da una dichiarazione. È tacita se deriva da un comportamento concludente. La procura espressa spesso è chiesta autorevolmente dalla stessa legge.**

Una menzione speciale va fatta alla rappresentanza in campo commerciale. La rappresentanza commerciale assume caratteristiche particolari visto il ruolo che essa svolge in campo economico. I rappresentanti commerciali infatti sono coloro che si occupano di distribuire ai consumatori i beni prodotti. Nella categoria di rappresentanti commerciali si distinguono: gli institori, i procuratori e i commessi (art. 2203 ss. c.c.). Gli institori sono gli operatori preposti all'esercizio di tutta una impresa o di un suo ramo per il compimento degli affari che vi sono attinenti. Gli institori possono essere preposti sia a un solo ramo dell'impresa sia essere generali per tutta l'impresa. I procuratori commerciali o rappresentanti di commercio hanno il potere di rappresentare l'imprenditore in base a un rapporto continuativo concludendo contratti per lui ma senza essere preposto all'esercizio di una impresa o a un suo ramo. I commessi possono, invece, compiere soltanto gli atti che gli sono stati preposti dall'imprenditore con le operazioni di cui sono incaricati rispettando le eventuali ulteriori limitazioni presenti nell'atto di nomina. Una tipologia particolare sono i commessi viaggiatori o viaggiatori di commercio che svolgono un compito maggiormente di propaganda commerciale e a cui si applica la stessa disciplina dei commessi "normali". Anche agli agenti è riconosciuta una rappresentanza limitata anche se di regola agisce a nome proprio. Altre figure previste dalla legge sono il fattore di campagna, il dirigente di navigazione, il raccomandatario che rappresenta l'armatore delle complesse pratiche per la nave in porto (artt. 287 ss. c. nav.), del capitano, che pure rappresenta l'armatore in navigazione, del caposcalo o del comandante l'aeromobile, che rappresentano l'esercente dell'impresa di navigazione aerea. Da queste figure va tenuta nettamente distinta la figura del commissario che pur avendo un importante ruolo nel commercio esso non è rappresentante perché agisce in nome proprio (c.d. rappresentanza indiretta art. 1731 c.c.). Esso non va confuso con l'agente di commercio il quale ha solo l'incarico di promuovere affari e non di agire per conto del dominus nella conclusione dei contratti (art. 1742 c.c. e legge n. 204/1985). In senso ancora più lato, tra gli ausiliari dell'imprenditore può comprendersi anche l'intermediario per le vendite dei prodotti industriali (nella pratica viene chiamato genericamente concessionario) figura che è tra il somministrato e l'agente acquistante in proprio le merci per venderle a terzi assumendosi quindi il rischio imprenditoriale con esonero del concedente. Vanno, infine, ricordati gli amministratori delle società che hanno la rappresentanza delle stesse e possono compiere tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2384 c.c.).

#### 4. La volontà

La volontà è ciò che dà vita all'atto. Chiaramente tale volontà non può restare all'interno della coscienza del singolo ma va esternata. È bene dire fin da subito che quella che davvero rileva è la volontà dichiarata e non quella intima, ecco perché la sola volontà richiesta affinché un negozio giuridico sia esistente è la volontà di compiere tale dichiarazione. Un tempo ci fu un acceso dibattito dottrinale tra chi riteneva prevalente la volontà sulla dichiarazione o viceversa. Oggi questo dibattito ha perso di rilievo giocandosi soprattutto sulla responsabilità del soggetto che esprime una volontà. Essendo importante per la validità del negozio la volontà di compiere la dichiarazione si comprende perché la legge si occupa di creare meccanismi volti a tutelare da eventuali perturbamenti il processo di formazione interna della volontà e della manifestazione esterna. Interessante è la questione dei casi di discordanza tra volontà e manifestazione esterna dove chiaramente non c'è una volontà. Anzitutto chi vuole manifestare una volontà lo deve fare con vera e seria intenzione pertanto non sono manifestazioni di volontà quelle fatte docendi o ioci causa, per iattanza, pubblicità, millanteria o altro. Ugualmente manca la volontà nei casi di violenza assoluta dove un soggetto viene fisicamente costretto a manifestare esternamente una volontà che in realtà lui non ha. In questo caso il negozio è radicalmente nullo. Ugualmente non vi è volontà, ma in questo caso il negozio è solo annullabile, è il caso dell'errore ostativo dove un soggetto per distrazione, ignoranza del significato delle parole di una lingua straniera o altro, dice una cosa mentre ne voleva un'altra. Un caso relativo ai negozi bilaterali è il dissenso dove non si è riuscito ad avere una coincidenza di volontà tra le due parti in quanto il destinatario di una dichiarazione ha dato la sua adesione fraintendendo il vero contenuto del discorso (malinteso o dissenso occulto). Se il malinteso ha dato vita comunque a un apparente accordo ma la divergenza è solo su un elemento del contenuto ci troviamo di fronte a un caso di errore ostativo e il negozio è annullabile ai sensi degli artt. 1431 e 1433 del codice civile. Se invece il malinteso è grave poiché le parti hanno una propria autonoma volontà e il malinteso ha fatto sorgere un equivoco assenso mancando nell'atto un minimo di formazione di consenso allora tale situazione avrà come conseguenza la nullità radicale del negozio per vizio di mancanza di consenso. Talvolta lo stesso soggetto vuole esprimere una volontà che non corrisponde alla sua adesione: è il caso della riserva mentale e della simulazione. Nella riserva mentale il soggetto dichiara una volontà che tuttavia al suo interno non vuole. Non essendo quindi manifestata o intellegibile esternamente per il diritto civile tale volontà è come inesistente e dato che essa, quasi sempre, corrisponde con la volontà di ingannare l'altra parte il negozio resta comunque valido. La volontà negoziale va tratta fuori dalle espressioni con le quali essa venne manifestata e in ciò consiste il lavoro di

interpretazione. Il codice civile (che nelle preleggi disciplina anche l'interpretazione delle leggi) dedica un capo (art. 1362 e ss.) all'interpretazione dei contratti dal quale risulta che la ricerca dell'intenzione degli autori del negozio può essere condotta in modo libero.

### **La simulazione**

La simulazione è quando le due parti volutamente mettono in atto una reciproca dichiarazione che non corrisponde al loro reale comune volere. La differenza con una riserva mentale è che tra le parti esiste un concreto accordo simulatorio e pertanto essi sanno che l'accordo palese che vanno a stipulare non è voluto ma ciò che è voluto è l'accordo segreto non esternato. La volontà segreta risulta da una controdeklarazione che alcune volte è posta anche per iscritto e ha la funzione di prova dell'accordo simulatorio. Vi sono due specie di simulazione: la simulazione assoluta e la simulazione relativa. La simulazione assoluta è quando si dichiara di volere un negozio ma in realtà non si vuole alcun negozio. La simulazione relativa è quando i contraenti vogliono porre in essere un negozio giuridico ma dichiarano di volerne un altro. Il negozio giuridico fittizio è detto atto simulato mentre ciò che davvero vogliono, e che è palesato dalla controdeklarazione, è detto atto dissimulato. La controdeklarazione è detta anche scrittura di verità perché palesa l'effetto contenuto di un rapporto. Un particolare tipo di simulazione riguarda la volontà di nascondere il reale contraente del negozio giuridico. Questa simulazione soggettiva dà vita al fenomeno denominato interposizione fittizia di persona dove un terzo, usato come prestanome, viene interposto tra le parti che realmente stanno compiendo il negozio giuridico. Tale fenomeno si distingue dalla interposizione reale di persona che si esplica nella rappresentanza indiretta dove il mandatario si obbliga verso i terzi ma con il dovere poi di trasmettere al dominus i risultati del negozio concluso. La simulazione è usata molto spesso per eludere proibizioni di legge o oneri fiscali gravosi. Ad esempio è usata per aggirare i divieti di alienazione predisposti nei casi dell'eredità e di garanzia dei creditori. È fondamentale chiarire che gli effetti del fenomeno simulatorio si manifestano in due direzioni:

- Ci può essere chi ha interesse a far cadere l'atto apparente.
- Ci può essere chi ha interesse, invece, a far prevalere l'apparenza sull'efficacia della realtà sostanziale.

La simulazione crea conseguenze giuridiche non solo fra le parti ma anche per i terzi estranei al negozio simulato. Fra le parti vige la regola che si producono solo i reali effetti che si vogliono realmente avere pertanto se la simulazione è assoluta non si

produrranno effetti tra le parti, se la simulazione è relativa avrà valore giuridico il negozio dissimulato qualora esso risponda ai requisiti essenziali di sostanza (cioè non sia proibita) e di forma stabiliti dalla legge. Se si tratta di simulazione di persona, tolto di mezzo il prestanome, il negozio avrà valore tra i soggetti che realmente lo vollero e in testa ai quali era destinato a produrre i suoi effetti, sempre che la legge e la forma seguita lo consentano. Di fronte ai terzi non partecipanti al negozio le parti non possono sempre evocare gli effetti detti essendoci anche da tutelare l'affidamento e gli effetti della pubblicità di alcuni atti. Una prima regola generale ci dice che ogni terzo, il quale abbia a ricevere pregiudizio dalla simulazione posta in essere, può, nei confronti dei soggetti-parti, invocare la circostanza che il contratto è solo simulato. Oltre a questo aspetto negativo del contratto simulato ci possono anche essere aspetti positivi cioè il terzo può superare le apparenze e avvantaggiarsi del contratto effettivamente voluto che viene tratto fuori dall'ombra (art. 1415 c.c.). Nel caso in cui un terzo ha acquistato un diritto da un titolare apparente cioè chi ha finto di acquistare se si applicasse il principio *resoluto iure dantis, resolvitur et ius accipientis*, dovrebbero cadere anche i diritti acquisiti dai terzi di fronte all'azione di chi facendo valere la situazione giuridica reale mostrando che l'alienazione era stata simulata. La legge però tutela il terzo che abbia contratto in buona fede salvando il suo acquisto (art. 1415 c.c.). Considerando infine la tutela concessa ai creditori delle parti che hanno concluso il negozio simulato. È chiaro che i creditori del simulato alienante avranno tutto l'interesse a invocare il carattere solo fittizio dell'alienazione che li danneggia. I creditori del simulato acquirente, invece, hanno l'interesse opposto cioè di far considerare l'efficacia dell'atto di acquisto che ha aumentato la consistenza patrimoniale del loro debitore. I creditori di colui che ha simulato l'alienazione non effettiva trovano una efficace tutela sia perché essi *cerant de danno vitando* sia perché invocano la situazione giuridica effettiva che viene ripristinata anche contro il simulato acquirente, il quale, appunto perché in realtà non ha acquistato, non può pretendere di evitare un danno che non giuridicamente apprezzabile. I creditori del simulato acquirente non trovano una corrispondente tutela ed è giusto che di regola abbiano a seguire la sorte del loro debitore. Solo nell'ipotesi che essi in buona fede abbiano già compiuto atti esecutivi sopra i beni trasferiti (fittiziamente) al loro debitore in forza del contratto simulato, sono protetti contro la dichiarazione di simulazione che verrebbe a togliere l'oggetto su cui tendono a soddisfarsi. In altre parole, per effetto del pignoramento, i beni vengono vincolati a garanzia del creditore, a preferenza del diritto del simulato alienante, il quale sottostà alle conseguenze della situazione apparente che egli ha contribuito a creare (art. 1416 c.c.). Nel conflitto tra i creditori dell'una e dell'altra parte del contratto simulato, mancando altri beni delle due parti, i creditori di entrambe le parti vogliono soddisfarsi sul medesimo bene oggetto della simulazione. I creditori del simulato avranno la precedenza sui creditori chirografi (cioè quelli non garantiti da pegno o ipoteca) del fittizio acquirente, purché

il loro credito risulti anteriore all'atto con il quale il bene di cui si tratta fu alienato al finto acquirente (art. 1416 c.c.). Riassumendo il negozio giuridico mentre è un atto nullo che non dovrebbe avere quindi conseguenze esso invece ne produce nei confronti di alcuni soggetti. Per questo il legislatore nei citati articoli parla espressamente di efficacia e inefficacia - in senso relativo dell'atto simulato (art. 1414 c.c.: "non produce effetto"; "ha effetto"). Tutto quanto detto è in stretta connessione con la possibilità di provare il contrasto esistente tra l'apparenza voluta e la realtà del rapporto.

### **5. Il negozio indiretto (il negozio fiduciario o Trust)**

La caratteristica del negozio indiretto è che vi è una divergenza tra lo scopo pratico perseguito in concreto dalle parti e la funzione tipica della categoria del negozio che viene posto in essere. Si cerca insomma di creare un effetto giuridico ulteriore che va oltre la causa propria del negozio giuridico usato. Anche se lo scopo è diverso da quello perseguito comunemente usando quel negozio giuridico ugualmente il negozio indiretto, essendo sostanzialmente voluto, ha piena validità e la sua disciplina è quella stabilita per il negozio posto in essere purché non vi sia frode alla legge o non serve a realizzare motivi illeciti comuni alle parti (ad esempio una vendita con patto di riscatto che serve a coprire un mutuo ipotecario con patto commissorio vietato. Proprio questo esempio mostra come la ragione strumentale a cui mirano le parti non è il trasferimento di proprietà ma il soddisfacimento dell'esigenza di garanzia ed è in questo che si ravvisa la nullità perché la Legge vieta il patto commissorio all'art. 2744 c.c. che consiste nel convenire che il bene è dato in garanzia, in pegno o ipoteca, e passerà in proprietà del creditore nel caso di inadempimento). Particolare tipo di negozio indiretto è il negozio fiduciario. Esso come dice la stessa parola si basa sulla fiducia. Un titolare trasferisce a un fiduciario un bene allo scopo di gestirlo per conto di altrui per permettere a quest'ultimo il godimento dello stesso (fiducia cum amico) oppure per garanzia reale di un credito (fiducia cum creditore). In entrambi i casi il negozio può essere invalidato se viene dimostrato che è stato posto in essere solo per eludere una norma imperativa o per uno scopo illecito o frodatorio. Il Trust è un istituto fiduciario di matrice anglosassone. Esso si ha quando un soggetto (settlor) trasferisce la proprietà di tutti i suoi beni o solo parte di essi a una società o una persona di fiducia (trustee) che è tenuta ad amministrarla nell'interesse di un terzo (beneficiary) il quale gode quindi di tutti i vantaggi e le utilità dei beni pur non essendone formalmente proprietario e ha anche dei rimedi giuridici nel caso in cui il trustee venga meno agli impegni presi violando i patti conclusi dalle Parti (breach of Trust). L'istituto del Trust è stato fatto oggetto di una Convenzione di Diritto Internazionale Privato, la Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 relativa alla Legge applicabile ai Trusts e al loro riconoscimento, resa esecutiva in Italia con la legge 16

ottobre 1989, n. 364 ed entrata in vigore il 1° gennaio 1992. Per effetto di questa Convenzione il Trust non può più essere considerato estraneo al nostro ordinamento. È dubbio però se la legge n. 364/1989 abbia solo reso possibili in Italia il riconoscimento di Trust stranieri, ovvero se sia divenuto addirittura possibile per un cittadino italiano di costituire un Trust con beni situati in Italia, scegliendo la legge applicabile. Per un chiarimento di natura terminologica, si spiega che in contrapposizione alla categoria e all'efficacia di quei negozi fiduciari stabiliti a limitazione della libertà della concorrenza nei grandi affari che coinvolgono il mondo moderno, l'espressione "antitrust" disegna tutti gli organismi e i sistemi posti a tutela della libertà di mercato.

## **6. I vizi della volontà**

Il processo di formazione della volontà può essere viziato da varie cause che ne alterano la forma. Essi non riguardano l'aspetto esterno della volontà ma come detto il processo stesso di formazione. Queste cause sono solitamente individuate in errore, violenza e dolo. Conseguenza dei Vizi è l'Annullabilità ma sono a condizione che siano presenti i presupposti che ora vedremo.

L'Errore è una falsa rappresentanza della realtà che concorre a determinare la Volontà del Soggetto. L'Errore-Vizio, detto anche Errore-Motivo, poiché influisce sui Motivi o Moventi del Soggetto che lo spingono a influire su quella determinazione, si distingue dall'Errore Ostativo che invece riguarda la Manifestazione della Volontà. La differenza importante tra le due è che l'Errore-Motivo non elimina la Volontà mentre l'Errore Ostativo dimostra la mancanza di una Volontà corrispondente alla Dichiarazione. La ragione del fatto che in questo caso ci sia Annullamento e non Nullità è perché un Criterio Generale della Legge secondo il quale la Nullità Radicale colpisce il Negozio soltanto per le Cause che appaiono Manifestamente anche all'Estero. C'è da dire che dato che negli articoli 1429 e 1433 c.c. sono confluite entrambe le ipotesi oggi, almeno sul piano delle conseguenze dei due tipi di errori non vi è più motivo per differenziarli. L'Errore è Causa di Annullamento del Negozio quando è Essenziale e Riconoscibile. L'Errore è di due specie:

Errore di Fatto: L'Errore di Fatto è Essenziale quando cade (art. 1429 c.c.) (oltre ipotesi di Errore sulla Dichiarazione: art. 1433 c.c.):

- **Sulla Natura (Error in Negotio) o sull'Oggetto del Negozio cioè sul Bene Negoziato (Error in Corpore).**
- **Sull'Identità dell'Oggetto della Prestazione, cioè sulla Individuazione del Bene (Error in Substantia).**

Sull'Identità o sulle Qualità Determinanti della Persona: soltanto, cioè quando dette qualità abbiano un Rilievo Essenziale. L' Error Personae, e l' Error Qualitatis Redundans in Errorem Personae (per usare una frase del vecchio Codex Iuris Canonici) sono naturalmente più importanti nei Negozi di Diritto Familiare. Si è allargato però anche ai Negozi di natura Fondamentalmente Patrimoniale quando risulti che il Soggetto è addivenuto al Contratto Unicamente per l'Errore sulla Persona dell'Altro Contraente (Intuitu Personae).

Nei casi non segnalati l'Errore non può determinare l'Annulabilità neppure quando ha influito direttamente sulla Determinazione della Volontà. È, quindi, irrilevante l'Errore sul Motivo Impulsivo dell'Atto. L' Errore sui Motivi diventa però rilevante nei casi di Liberalità quando il Motivo (di fatto o di diritto) è Espresso e Unico e risulta cioè dall'atto e sia il solo che indotto il Disponente a compiere la Liberalità.

Errore di Diritto: Consiste nella Falsa Conoscenza o Ignoranza della Norma che ha determinato la Volontà del Soggetto. Esso non può mai essere invocato per sottrarsi al Comando della Legge. Esso è essenziale sempre quando verte su un Elemento o una Circostanza che è stata la Ragione Unica o almeno Principale che ha indotto a compiere quel Negozio al soggetto (art. 1429 c.c.). Alcuni Istituti non sono annullabili per Errore sull'Esistenza o sul Significato di una Norma (il Matrimonio art. 122 c.c., l'Accettazione dell'Eredità art. 483 c.c., la Transazione art. 1969 c.c., e la Confessione art. 2732 c.c.).

Per quanto riguarda il Secondo Requisito della Riconoscibilità ai sensi dell'art. 1431 c.c. l'Errore è Riconoscibile quando, in relazione al Contenuto, alle Circostanze del Contratto o alla Qualità dei Contraenti, una Persona di Normale Diligenza avrebbe potuto Rilevarlo. Il Requisito della Riconoscibilità rientra nel più Generale Criterio di Protezione dell'Affidamento e cioè che si bisogna tutelare la parte caduta in Errore ma bisogna tutelare anche l'altro contraente se in Buona Fede. Queste Disposizioni sono dettate da un Criterio di Opportunità e di Praticità. È da segnalare comunque che l'altra parte potrà sempre proporre, per evitare l'Annullamento, di eseguire il contratto come voluto senza Errore (Mantenimento del Contratto Rettificato ex art. 1432 c.c.). L' Errore di Calcolo non produce l'Annulabilità del Negozio ma l'Indicazione andrà Corretta (art. 1430 c.c.). È Irrilevante, solidamente, l' Errore di Valore, pur avendo spesso esso un rilievo determinante sulla Volontà.

La Violenza che rileva come Vizio del Volere è la Vis Compulsiva o Vis Animo Illata cioè la Violenza Morale consiste nella Minaccia che induce a volere per Timore. In questo caso si forma una Volontà Non Libera e pertanto Difettosa. In presenza di alcuni Presupposti la Violenza è Causa di Annulabilità come Vizio del Volere. Innanzitutto non è rilevante il Timore Riverenziale che una Persona incute ad un'altra per l'Età, Fama o Relazione Personale, anche se talvolta questo timore influenza la

Determinazione della Volontà (art. 1437 c.c.). Per aversi Violenza ci vuole un Soggetto Attivo che eserciti la Minaccia a uno Scopo Preciso. La Minaccia deve essere di tale Gravità di far Temere per sé o per i propri Beni un Male Ingiusto e Notevole. Il Male Ingiusto è una Ingiustizia che solitamente si ritrova nel Mezzo scelto per la Minaccia (Contra Ius: Minaccia di Illecita Lesione). Non è tale la Minaccia di far Valere un Diritto la quale lo può diventare però se sia Diretta a conseguire Vantaggi Ingiusti (Ingiustizia nel Fine: art. 1438 c.c.). Il Male Notevole è un male la cui Gravità è concepita dalla Legge in base ad un Duplice Criteri: il Primo è dato dal Danno Minacciato alle Cose o alle Persone (Elemento Oggettivo) e l'Altro dalla Valutazione che ne fa la Persona che subisce la Violenza (Elemento Soggettivo). Il Male Minacciato è Rilevante quando è Diretto contro la Persona che si vuole Costringere o contro i suoi Beni, oppure contro il Coniuge, in Ascendente o un Discendente e i loro Beni; con Tali Persone, infatti, si presume un Forte Vincolo di Affetto o di Interesse. Se la Violenza è Rivolta contro Altre Persone (ad es. un Collaterale), il Giudice valuterà le Circostanze del Caso (art. 1436 c.c.).

**Il Dolo.** Esso consiste in Raggiri e Artifici adoperati per Ingannare una Persona e approfittare dell'Errore in cui è caduta per effetto del Dolo allo Scopo di farle compier un Negozio. L'espressione Dolo è usata in senso specifico come Illecito Inganno. È una Specie del Genere più ampio "Dolo" che è Qualificazione Subiettiva dell'Atto Illecito. Perché ci sia Dolo c'è bisogno che una parte contraente o un terzo spinga il errore il Deceptus e ricavi da tale errore un Vantaggio noto al contraente avvantaggiato dal Dolo. Solo in questo caso esso è Annullabile. Si potrebbe chiedersi a cosa serva il Dolo se già è presente tra i Vizi del Volere l'Errore. La sua presenza risulta fondamentale perché nel caso del Dolo l'Annullamento è sempre possibile, mentre nel Errore-Vizio c'è bisogno dei Requisiti di Essenzialità e di Riconoscibilità, e questo perché vi è stato un raggiri ai danni di una parte e questo è giudicato più grave rispetto ad un Errore-Vizio che può essere dettato anche da spontaneità oltre che da provocazione. Questo spiega perché si è portati, in Giurisprudenza, a ricondurre al Dolo anche fattispecie proprie dell'Errore-Vizio perché è di più facile annullabilità e soprattutto consente alla parte lesa anche di ottenere il Risarcimento contro l'autore dell'Illecito Raggiri. Il Dolo che Viziosa il Negozio è il Dolus Malus che si distingue dal Dolus Bonus che è quella forma d'Inganno tipicamente usata in ambiente commerciale che è innocua o comunque meno dannosa e serve ad esaltare nelle pubblicità una propria merce e sono ammesse e tollerate nella vita degli Affari non producendo conseguenze. Solo quando è stato il Dolo a spingere il Deceptus a prestare il Consenso al Negozio è causa di Annullabilità e eventuale Risarcimento Danni. Questo Dolo è detto Dolus Causam Dans. Diverso è invece il Dolo che serve unicamente a stabilire Patti più Gravosi è dalle quali discendono solo Obbligo di Risarcimento da imporre alla Parte in Malafede per i Danni connessi alle Pattuizioni

ottenute con l'Inganno ma non incide sulla Validità del Negozio (art. 1440 c.c.). In questo caso si parla di Dolo Incidente (Dolus Incidens).

## **7. La Forma**

Se un Negozio Giuridico per produrre effetti deve essere Manifestato all'Esterno possiamo comprendere come la Forma, concepita in generale come il Modo di Manifestare proprio la Volontà Negoziabile, sia un Elemento Essenziale dello Stesso. La Volontà Negoziabile si può, alle volte, Manifestare con la realizzazione stessa dello Scopo. Si parla in questo caso di Negozi di Attuazione o di Negozi di Volontà. Manca in questi casi un Atto volto a far conoscere la Volontà la quale si manifesta con l'attuazione stessa dello Scopo Negoziabile, attuazione operata senza porre l'Autore dell'Atto in relazione con Altro Soggetto Negli altri casi, che sono la maggioranza, la Manifestazione di Volontà può essere:

- Tacita: In questo caso la Manifestazione viene a esistere per Mezzo di Fatti Dimostrativi (Facata Concludentia) e cioè un Contegno che, secondo la Comune Valutazione, sarebbe Incompatibile con una Volontà Diversa da quella che si deduce dai Fatti Stessi. Il Significato deve, in ogni caso, essere Univoco e Non Equivoco. Nell'ambito di Attività, più propriamente, Commerciale si parla di un Comportamento Sociale Tipico, al quale sono riconosciuti Effetti Preordinati o Recepiti dal Sistema.
- Espresa: In questo caso la Manifestazione è espressa con Parole, Scritti o Cenni che hanno lo Scopo Diretto della Dichiarazione. Oggi ha relativamente perso importanza la Tradizione Distinzione tra Forma Scritta e Orale dato che oggi vi è il Messaggio Elettronico che ha una Istantanea Rapidità e Memorizza il Contenuto con la possibilità di trasferirlo in un Supporto di Carta. Nei casi in cui la Dichiarazione per produrre i Propri Effetti deve per forza essere ricevuta dal Destinatario si tratta dei casi di Dichiarazione Recettizia. Se invece non è necessaria la recezione da parte del Destinatario ma basta la Semplice Estrinsecazione (Emissione) della Volontà si parla allora di Dichiarazione Non Recettizia.

La Regola Generale della Forma per i Negozi Giuridici è quella della Libertà di Forma. Alle volte però la Legge può prevedere una particolare Forma di Manifestazione per determinati Atti Giuridici o per Certi Effetti. In questo caso gli Atti sono detti Atti Solenni e la loro particolare Forma è prescritta al fine di far maggiormente richiamare l'attenzione di chi voglia attuare quei particolari Negozi per la loro importanza (ad esempio essa è prescritta per quasi tutti i Negozi Immobiliari, per il Testamento e per i più importanti Atti di Diritto Familiare). Alle volte il Requisito di Forma può apparire Relativo perché si riferisce solo ad un

Particolare Oggetto (ad esempio per la Compravendita la Forma Scritta è richiesta solo per i Beni Immobili, la Procura e il Contratto Preliminare devono avere la stessa forma necessaria per la Validità dell'Atto che si ha, rispettivamente, il Potere o l'Obbligo di Compiere). Nei Negozi Solenni la forma è prescritta Ad Substantiam cioè essa è un Elemento Costitutivo del Negozio e la sua assenza comporta la Nullità dell'Atto. L'articolo 1350 del Codice Civile pone il Requisito dell'Atto Scritto Ad Substantiam per una serie di Atti tra i quali la Compravendita di Beni Immobili, la Locazione di Beni Immobili per una Durata Ultrannovennale, la Comunione, la Servitù o l'Usufrutto, la Società e la Divisione di Beni Immobili. Altre volte la Legge chiede l'Atto Pubblico (Donazione, Costituzione di Persone Giuridiche, di Società per Azioni, di S.r.l., per le Convenzioni Matrimoniali) o alcune Forme Particolari (per il Matrimonio, il Testamento, la Cambiale, e così via). Se è richiesta l'Atto Scritto (Scrittura Privata o Atto Pubblico) Ad Substantiam tale Atto deve espressamente indicare la Volontà Negoziale e devono essere potè i Fini Specifici di Manifestare Tale Volontà. La Documentazione deve contenere tutti gli Elementi che si Pretendono Essenziali per il Significato Concreto dell'Atto. In base al nuovo Codice dell'Amministrazione Digitale (D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82) anche i Documenti Informatici possono assolvere il Requisito della Forma Scritta. Le Scritture Private di cui all'articolo 1350, 1° comma, n. 1-12 del Codice Civile, ai sensi dell'articolo 21 comma bis del Codice dell'Amministrazione Digitale devono però essere sottoscritte a pena di nullità con Firma Elettronica Qualificata [la Firma Elettronica è l'Insieme dei dati in forma elettronica, Allegati oppure Connessi Tramite Associazione Logica ad Altri Dati Elettronici, Utilizzati come Metodo di Identificazione Informatica, art. 1, lett. 1, D.Lgs. n. 82/05. In questo caso la Firma Elettronica Qualificata è un Tipo Particolare di Firma Elettronica Avanzata (che è un insieme di Dati in Forma Elettronica Allegati oppure Connessi a un Documento Informatico che consentono l'Identificazione del Firmatario del Documento e Garantiscono la Connessione Univoca al Firmatario, creati con Mezzi sui quali il Firmatario può Conservare un Controllo Esclusivo, collegati ai Dati ai quali Detta Firma si riferisce in Modo da Consentire di Rilevare se i Dati stessi siano Stati Successivamente Modificati, art. 1, lett. q bis, D.Lgs. n. 82/05) basata su una Certificazione Qualificata e realizzata mediante un Dispositivo Sicuro per la Creazione della Firma, art. 1, lett. r, D.Lgs. n. 82/05] o con Firma Digitale (anche essa un Tipo Particolare di Firma Elettronica Avanzata basta su una Certificazione Qualificata su un sistema di Chiavi Crittografiche, una Pubblica e una Privata, Correlate tra loro, che consente al Titolare tramite la Chiave Privata e al Destinatario tramite la Chiave Pubblica, Rispettivamente, di Rendere Manifesta e di Verificare la Provenienza e l'Integrità di un Documento Informatico o di un Insieme di Documenti Informatici, art. 1, lett. s, D.Lgs. n. 82/05), per gli Atti all'articolo 1350, n. 13 del Codice Civile, il Requisito della Forma Scritta è Soddisfatto dalla Sottoscrizione con Firma Elettronica

Avanzata. Inoltre la Firma Elettronica Avanzata, Qualificata o Digitale rispetta anche i Requisiti dell'articolo 2702 del Codice Civile per la Scrittura Private e vi è una Presunzione che la Firma sia Riconducibile al Titolare Salvo Sua Prova Contraria. Anche le parti possono stabilire con un Atto Obbligatoriamente Scritto che nei loro futuri accordi sia prevista una Determinata Forma (Forma Volontaria) ed essa si presume come Requisito Ad Substantiam. Altre volte la Forma è Richiesta dalla Legge come Elemento di Prova Ad Probationem. Il Negozio anche senza la prova resta Valido (quindi è pienamente efficace tra le parti) ma non sarà possibile produrre come prova in giudizio i testimoni o la presunzione semplice ma dovrà presentare almeno un documento scritto anche posteriore che ne dimostri che la volontà sia stata manifestata. Sarà però possibile usare altre prove come la Confessione e il Giuramento Decisorio. Tutto questo che abbiamo appena detto ci permette di dire che il Silenzio in sé per sé non è una Manifestazione di Volontà atta a Costituire un Negozio lo può diventare se è stato precedentemente concordato tra le parti che esso vale come positivo o negativo. Nè può assumere senso anche in relazione ad un determinato contesto storico o sociale che ne fa assumere il senso di adesione di una parte alla volontà dell'altra.

## **8. La Causa**

La Causa è la Funzione Economica del Negozio. In altre parole la Causa non è altro che la Giustificazione dell'Azione Umana che si esplica nel Contratto. Essa quindi è un Elemento Necessario per il Negozio stesso perché senza una Causa il Negozio non Esiste. Il Codice si limita, oltre che a prevederla come un Elemento Essenziale del Negozio all'articolo 1325, né impone all'articolo 1322 che essa sia lecita. Dal Combinato disposto si può comprendere che il nostro sistema legislativo si fonda sul concetto di Meritevolezza della Causa. Solo una Causa Meritevole di Tutela Giuridica ha Riconoscimento Giuridico. Il Codice non ci dice cosa sia Concretamente la Causa e la stessa Dottrina è divisa. Possiamo in sostanza dire che la Causa si fonda sulla Ragione stessa del Negozio. Il Negozio è ontologicamente collegato al bisogno di collaborazione tra uomini che si concretizza in esso attraverso una reciproca accettazione. Accettazione che chiaramente è collegata ad un Fine Pratico perseguito, anche con Interessi Propri delle Parti Differenti, dal Negozio Gesto. Ed è proprio in questo Fine Pratico che si concretizza la Causa. Tale Causa, potremmo dire anche Giustificazione Sociale della Collaborazione, deve ritrovarsi in ogni Negozio (anche unilaterale come il Testamento). Se già in ambito sociale si cerca questa Giustificazione ancora di più la si cerca in ambito Economico ecco perché l'abbiamo definita come la Funzione Economica e potremmo dire Sociale del Negozio e la sua assenza comporta la Nullità del Contratto/Negozio (ai sensi degli artt. 1325 e 1428 c.c.). La Causa non va assolutamente confusa con il Motivo che è l'Impulso delle Singole Parti che le ha spinte all'accordo. Un esempio può chiarire il tutto. Prediamo

il Negozio della Compravendita. La Causa della Compravendita è null'altro che lo scambio di una cosa per un prezzo. Ebbene i Motivi dei singoli che ci sono dietro a questo scambio chiaramente vanno al di là della Causa (ad esempio una parte potrebbe volere la cosa per regalarla ad un'altra persona mentre l'altra parte la vuole vendere per poter avere i soldi con cui comprarci un altro oggetto). Chiaramente i Motivi sono solitamente irrilevanti per il Diritto. La Causa va inoltre tenuta distinta dall' Oggetto e anche qui l'esempio della Compravendita può chiarire infatti se l'Oggetto della Compravendita è Duplice (Cosa e Prezzo) la Causa è Unitaria cioè lo Scambio Cosa contra Prezzo. La Causa va distinta anche dalla Volontà e questo sia nei Negozi Onerosi che Gratuiti infatti una Cosa è la Volontà di Attribuire un Bene altra lo Scopo di tale Attribuzione (idem nei Negozi di Liberalità, Donazione e Testamento, dove la Causa è l'esplicazione dello spirito liberale verso la persona beneficiaria animus donandi che è precedente, di solito, alla volontà e trova giustificazione in esso). Esiste una Presunzione di Esistenza di Causa in presenza dell'Esistenza di una Volontà. Va detto inoltre che la Causa è il criterio principale con cui si Qualifica un Negozio. In Base alla Causa infatti si potrà comprendere se il Negozio rientra in un Tipo Negoziale Nominato o comunque la Disciplina da Applicargli. Bisogna dire che nonostante la Causa sia un Elemento Essenziale esistono Negozi che sono Svincolati dalla Causa per Facilitarne la Circolazione dei Diritti. Essi sono i Negozi Astratti di cui un esempio Tipico è la Rappresentanza in cui un soggetto conferisce ad un altro una Procura che è svincolata dalla Causa per la quale la si conferisce. Bisogna dire che la Causa non è del tutto assente ma essa verrà a in rilievo solo successivamente e questo non pone in contraddizione il sistema che si regge proprio sulla presenza di Causa nei Negozi. Solitamente la Astrattezza (Riconosciuta dalla Legge) è controbilanciata da un Requisito di Forma.

### **La Causa Illecita e il Negozio Illecito**

Preventivamente va subito detto che esiste una Sostanziale differenza di effetti (e quindi di nozione) tra Negozio Illecito e Atto Illecito. Il Primo comporta la Nullità del Negozio Immorale (Illecito) e quindi non produce effetti tra le parti. Nel secondo Caso l'Atto Illecito invece produce effetti e sono quelli dell'Obbligo di Risarcimento anche se non voluto dalle parti. Il Negozio è Illecito quando:

- È Illecita la Causa.
- Quando le Parti sono Determinate a Concludere l'Accordo solo per un Motivo Illecito a Loro Comune (art. 1345 c.c.).
- È Illecita la Condizione (art. 1354 c.c.).
- È Illecito l'Oggetto (art. 1346 c.c.).

In tutte queste Ipotesi, per non Negare se stesso, l'Ordinamento non può che non prevedere la Nullità del Negozio. Ma quando si ha Illecità in tutti questi casi? Quando Essi siano Contrari a Norme Imperative, all'Ordine Pubblico o al Buon Costume (artt. 1343 e 1354 c.c.). Le Norme Imperative' sono quelle Norme che Esplicitamente o Virtualmente (cioè come Logica Conseguenza) prevedono la Sanzione di Nullità. Va detto che in questo Caso se la Norma va a Sanzionare solo una parte del Negozio non è detto che tutto il Negozio decada (si pensi alla Nullità solo di una Clausola del Contratto che comporta la decadenza solo di questa e non di tutto il Contratto). L'Ordine Pubblico è un concetto meno definibile concretamente. Esso è volto a tutelare in sostanza i Postulati Essenziali dell'Ordinamento Giuridico che non per forza devono essere concretizzati in una norma giuridica ma che possono anche essere ricavati dal Sistema delle Disposizioni Inderogabili del Codice e di altre Norme. Anche qui la Sanzione è la Nullità. In ultimo abbiamo il Buon Costume che è anche esso molto simile ma questa volta è rivolta ad una sorta di Etica Pubblica. I Negozi Contra Bonos Mores sono Negozi contro ad una Moralità Exteriorizzata e resa Pubblica o presente nella Vita Sociale. Essa ha, in campo Pubblico, una Vasta Accezione che va oltre alla Sessualità (che è invece il campo esclusivo della Moralità in Ambito Penalistico). Possiamo dire che il Rapporto con la Moralità del Diritto è molto complesso dato proprio alla volatilità e al dato, potremmo dire, intrinsecamente storico-sociale dello stesso (ciò che è amorale oggi potrebbe non esserlo domani o viceversa) e inoltre non tutto ciò che è tendenzialmente amorale e contrario al Buon Costume non può essere un Uso proprio della Società ecco perché oggi si tende a ricondurre il Buon Costume ad un Criterio Deontologico.

Anche il Motivo delle Parti, in questo caso, può determinare l'Illecità del Negozi. Negli Atti di Liberalità (Donazioni, Istituzione di Erbe, Legato) sono Nulli quando Illecito è il motivo Determinante che sia Unico ed Espresso (artt. 788 e 626 c.c.). I Contratti in Genere sono nulli quando il Motivo Illecito si Unico e Comune a Entrambe le Parti (art. 1345 c.c.). La Nullità del Contratto Comporta la Cessazione degli Effetti quindi la Parte (o le Parti) che già ha ottemperato (in tutto o in parte) alla Prestazione ha il Diritto alla Restitutio in Integrum fatta eccezione nel caso in cui anche il Comportamento di tale sia rivolto allo Scopo di Compiere una Offesa al Buon Costume. Ai sensi dell'articolo 2035 del Codice Civile infatti in questo caso non si potrà ripetere il Pagato proprio perché in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis e quindi in vano si tenterebbe di aver restituito il pretium sceleris adducendo la Causa Illecita.

Un Caso Particolare di Illecità è il Caso dei Contratti in Frode alla Legge previsti dall'articolo 1344 del Codice Civile. In questi Casi Apparentemente si Rispetta un Comando Legislativo ma Sostanzialmente se ne Viola il Contenuto perché si Persegue Intenzionalmente un Risultato che, anche se utilizzando diversi Mezzi Giuridici,

Coincide nelle Conseguenze Pratiche con un Risultato Proibito. Esso si Distingue dal Negozio Simulato perché nella Sostanza il Secondo non è Voluto mentre la Nullità del Primo consiste proprio nel suo essere Realtà. Per Esserci Frode alla Legge è Necessario:

- Che la Sua Vera Sostanza Coincida con un Divieto (come ad esempio l'Usura).
- Che ci sia un Elemento Intenzionale: Cioè che ci sia la Concreta Volontà della Frode in Senso Subiettivo cioè che si vuole seguire una via in sé Lecita per conseguire un Effetto Sostanzialmente Inammissibile.

Va tenuto sempre presente che però la Ricerca dell'Illecito ha il Limite Intrinseco al Sistema che le Parti hanno Massima Possibilità di Godere di cioè che la Legge gli Lascia. Il Negozio in Frode alla Legge è Dichiarato Nullo dal Codice per Illecità della Causa (art. 1344 c.c.).

### **9. Gli Elementi Accidentali**

Sono Elementi Accidentali del Negozio Giuridico: la Condizione, il Termine e il Modus o Onere. La Loro esistenza si fonda sulla Sostanziale Libertà da parte dei Soggetti di poter inserire nel Contratto tutto ciò che vogliono basti che non sia contraria alle Norme Legali. In base a ciò si può differenziare tra Negozi Tipici in cui è la Legge a Fissarne il Contenuto, e Negozi Atipici dove sono le Parti a Strutturarlo (i Negozi Tipici si dicono anche Nominati perché sono previsti dal Codice e quindi Legislativamente Normativizzati mentre gli Atipici sono anche detti Innominati perché non sono previsti dal Codice nè Legislativamente Normativizzati). Per i Negozi Atipici la Lecità (cioè il non essere contrari a Norme Imperative, Ordine Pubblico e Buon Costume) non basta c'è bisogno anche che siano dall'Ordinamento Giuridico Stimati come Degni di Tutela (art. 1322 c.c.). Gli Elementi Accidentali rientrano, come detto, in questo quadro e fungono da Autolimitazioni poste dalla Parti al Contratto Stesso e Rappresentano Clausole o Modalità al Volere. Esistono dei Negozi Giuridici chiamati Actus Legitimi o Negozi Giuridici Puri che non li ammettono. Essi sono Tipici nel Diritto Familiare (come il Matrimonio che non può essere sottoposto a Nessun Elemento Accidentale) mentre nel Diritto Patrimoniale sono limitati alla Accettazione e alla Rinunzia all'Eredità. Altri Atti invece limitano l'apponibilità solo di uno degli Elementi Accidentali come ad esempio l'Istituzione di Erbe ammette la Condizione ma non il Termine, la Cambiale il Termine Iniziale ma non la Condizione. Il Modus invece si applica solo ai Negozi di Liberalità (Istituzione di Erbe, Legato, Donazione). Il Nome Accidentale deriva dal Fatto che la loro Presenza può essere presente oppure mancare. Se essi sono stati però dedotti nel Negozio essi assumono piena rilevanza come Parte Integrante della Volontà e tale Parte è Integrante e Inscindibile cioè un Negozio Condizionato o a Termine è un

Negozi Diverso dal Negozi Puro e Semplice è un Negozi la cui Efficacia Dipende in Concreto da una Circostanza Posteriore all'Atto.

### La Condizione

La Condizione in base alla Definizione Legale, di cui all'articolo 1353 del Codice Civile, è una Limitazione Posta dalla Stessa Volontà (Condizione Volontaria) agli Effetti del Negozi che si fanno Dipendere dal Verificarsi di un Evento Futuro e Incerto. La Condizione Volontaria ora detta si Differenzia dalla Condizione Legale (Condizio Iuris) o Tacita che invece prevede un Presupposto dalla quale la Legge fa Dipendere l'Efficacia dell'Atto (si pensi alla Morte che fa avverare il Testamento). Non possono essere oggetto di Condizione gli Avvenimento Presenti o Passati (pur se se ne ignora l'accadimento) perché in essi lo Stato di Incertezza Obiettivo di Pendenza mancherebbero.

La Condizione non va confusa con la Presupposizione dove siamo di fronte ad una condizione ma qui questa condizione non è espressa ma è ritenuta che ciò sia prese perché si sente come integrazione necessaria alla volontà. Spesso è la legge stessa a prevederlo e a ritenere l'esistenza di un negozi perché le parti presumono l'esistenza di un fatto o di una situazione. Altre volte è la giurisprudenza (sulla base della buona fede e dell'equità) a prenderne coscienza e la rilevanza di tale presupposto funziona proprio da condizione se si basa su un obiettivo e che esso sia comune ad entrambe le parti. Se tale presupposto viene a cessare prima del negozi il negozi sarà nullo se viene a cessare dopo il negozi può essere risolto con efficacia ex tunc.

Per quanto riguarda la Condizione, l'evento oltre che deve essere futuro deve anche essere incerto cioè deve essere dubbia la sua realizzazione. Non importa, invece, se si sappia o meno il momento in cui tale fatto dovrebbe avverarsi. Va detto però che se tale momento è sicuro ci troviamo di fronte ad un Termine. Possiamo avere:

- Dies Incertus An, Incertus Quando (È Incerto Sia Se Avverrà, Sia Quando Avverrà) (Ad Esempio: "Il Giorno delle Nozze di Tizio") [CONDIZIONE].
- Dies Incertus An, Certus Quando (È Incerto Se Avverrà, Ma È Certo Quando Avverrà) (Ad Esempio: "Quando Tizio Divverrà Maggiorene, cioè se raggiungerà i Diciotto Anni") [CONDIZIONE].
- Dies Certus An, Incertus Quando (È Certo Che Avverrà, Ma Non È Certo Quando Avverrà) (Ad Esempio: "Quando Morirà Tizio [e questo Termine Costituisce, ad Esempio, la Base del Contratto di Vitalizio]") [TERMINE].
- Dies Certus An, Certus Quando (È Certo Sia Che Avverrà, Sia Quando Avverrà) (Ad Esempio: "Il 20 Marzo 2004") [TERMINE].

Varii sono i Criteri di Classificazione della Condizione.

Sotto il Profilo degli Effetti si può distinguere tra:

- Condizione Sospensiva: Che Sospendono fino All'Avverarsi dell'Evento il Sorgere dell'Effetto Giuridico del Negozio Giuridico (Ad Esempio: "Ti darò Cento, Se Verrà la Nave dall'Asia").
- Condizione Risolutiva: Che Sono volte ad Eliminare il Rapporto Sorto per Effetto del Negozio Giuridico (Ad Esempio: "Ti Vendo il Fondo, ma se entro Tre Mesi Altro Compratore mi Offerirà un Prezzo più Alto, gli Effetti del Presente Contratto Verranno Meno").

Sotto il Profilo della Causa Produttrice dell'Avvenimento si può distinguere tra:

- Condizione Potestativa: Quando l'Avverarsi dell'Evento Dipende dalla Volontà di una delle Parti (Ad Esempio: "Comprerò il Codice Se Deciderò di Fare l'Esame").
- La Quale Non Va Confusa con la Condizione Meramente Potestativa o Arbitraria dove non c'è alcun riferimento ad un fatto volontario il cui compimento presenti qualche apprezzabile interesse per la parte ma si ha riguardo alla Pura Volontà del Soggetto (Ad Esempio: "Se Vorrò"). L'articolo 1355 del Codice Civile dichiara Nullo il Negozio Sottoposto a Tale Condizione se Sospensiva perché manca la Volontà in Origine (È Chiaro che se si dice "Ti Venderò Casa Se Vorrò" in questo momento manca la Volontà e quindi non c'è Negozio). Di contro però è Valido se la Condizione è Legata alla Volontà della Parte che ne riceve Vantaggio (Ad Esempio: "Ti Darò Cento Se le Vorrai"). Non Essendo Vietata, invece, si Ritiene Valida Tale Condizione se Risolutiva tra l'altro alcuni sostengono che sia una Facoltà di Recesso ex articolo 1373 del Codice Civile.
- Condizione Casuale: Se il Fatto Dipende dal Caso o da Terzi (Ad Esempio: "Ti darò Cento Se Verrà la Nave dall'Asia").
- Condizione Mista: Se la Volontà del Soggetto e un Elemento Estraneo Concorrono a Produrre l'Evento (Ad Esempio: "Ti Darà Cento, Se l'Esame Andrà Bene").

In base al fatto che la Condizione affinché si Realizzi vada Compiuta o non Compiuta si distingue tra:

- Condizione Affermativa: (Ad Esempio: "Ti Darò Cento Se Condurrai la Nave in Salvo dall'Asia").

- Condizione Negativa: (Ad Esempio: "Ti Darò Cento Se Resterai Celibe" che equivale a dire "Ti Darò Cento Se Non Ti Sposerai").

In Ultimo si può distinguere in base alla Possibilità o Meno di Realizzazione della Condizione:

- Condizione Possibile: Se essa è Fattualmente Realizzabile. (Ad Esempio: "Ti Darò Cento Se Vai in Asia").
- Condizione Impossibile: Se essa è Fattualmente Irrealizzabile. In questo caso si distingue tra:
  - Condizione Impossibile Fisicamente: Se essa è Concretamente Irrealizzabile (Ad Esempio: "Ti Darò Cento Se Vai sul Sole").
  - Condizione Impossibile Giuridicamente: Se essa è Giuridicamente Irrealizzabile (Ad Esempio: "Ti Darò Cento Se Vai in Siria [ma in Siria c'è un Embargo]").

E in base alla Lecità della Condizione:

- Condizione Lecita: Se essa è Legalmente Possibile.
- Condizione Illecita: Se essa è Legalmente Proibita (Richiami qui lo stesso Concetto di Causa Illecita).

Negli Atti Tra Vivi se la Condizione è Illecita il Negozio è Nullo sia se essa è Sospensiva sia se essa è Risolutiva. Se la Condizione è invece Impossibile se essa è Sospensiva il Negozio è Nullo se invece è risolutiva essa viene Considerata come non Apposta e quindi il Negozio di fatto resta valido all'infinito (art. 1354 c.c.). Nei Casi di Negozio Mortis Causa invece c'è maggiore attenzione perché in questo caso la volontà del Morto non potrà essere rinnovata ecco che quindi vale la Regola Sabiniana sancita dall'articolo 634 del Codice Civile per le quali le condizioni Impossibile e Illecite si considerano non apposte salvo che non consistano nell'unico motivo che ha indotto il Testatore a fare Testamento in quel caso la Nullità Investe tutto il Testamento.

Nella Condizione bisogna distinguere tra il periodo in cui l'evento è Incerto (Condicio Pendet) e il periodo in cui la Condizione è Certa o perché è Mancata (Condicio Deest) o perché si è Verificata (Condicio Exstitit). Il Legislatore nel periodo di incertezza riconosce in capo a chi aspetta la sua realizzazione uno Stato di Aspettativa che al Realizzarsi della stessa si trasforma in un Diritto. Durante lo Stato di Aspettativa si possono compiere Atti Conservativi sul bene soggetto a condizione (art. 1356 c.c.) questo non toglie che possano essere però alienati o trasmessi per eredità pur

mantenendo l'originario vincolo (art. 1357 c.c.). Le parti poi devono comportarsi sempre secondo le Regole della Buona Fede in modo da non Danneggiare l'altra parte (art. 1358 c.c.). Inoltre se essa è opposta nell'interesse di una sola parte questa può rinunciare alla sua Efficacia. Quando la Condizione è Mancata se essa è Sospensiva il Diritto non Sorge, se essa è Risolutiva il Diritto si Consolida e Rimane Definitivo. Anche se si Verifica il Diritto si Consolida: Se infatti è Sospensiva il Diritto si Considera come se Fosse Sorto Senza Condizione se invece è Risolutiva si Considera come mai Sorto. La Condizione ha pertanto Effetto Retroattivo ex tunc e per avere questa Efficacia anche nei Confronti dei Terzi della Condizione va fatta menzione nella Nota di Trascrizione. La Condizione può anche essere non Retroattiva nel caso in cui siano le Parti a Stabilire la sua Efficacia Ex Nunc (Come nel Diritto Convenzionale di Recesso) oppure Deriva dalla Natura del Rapporto.

### Il Termine

Il Termine è un momento del tempo dal quale cominciano a verificarsi, o fino al quale durano, gli Effetti Giuridici del negozio. Il Termine può essere posto per due motivi:

- Termine di Efficacia: Quando Esso è stato Fissato come Limite nel Tempo da cui si danno Dipendere gli Effetti di un Negozio.
- Termine di Adempimento: Quando Esso è stato Fissato solo per Fissare nel Tempo il Momento di una prestazione o di altro Adempimento (Termine di Scadenza).

Il Termine di Efficacia si distingue dalla Condizione perché esso non è un Avvenimento Futuro e Certo che si sa che accadrà sicuramente. Il Termine può essere Incerto solo sul Quando mai sulla sua Verificazione (altrimenti sarebbe Condizione). La conseguenza è che se si paga prima del Termine ciò che si è dato non si potrà riavere indietro perché l'Obbligazione è perfetta mentre nella Condizione si potrà Ripetere la *Condictio Indebiti*. Inoltre il Termine ha Efficacia Ex Nunc mentre la Condizione è Ex Nunc e pertanto i suoi Effetti Prima della Scadenza non vengono Distrutti.

Il Termine può essere:

- Iniziale (*Dies a Quo*): Se posto come Termine Iniziale degli Effetti del Negozio Giuridico.

- **Finale (Dies ad Quem):** Se posto come Termine Finale degli Effetti del Negozio Giuridico.

Per le Regole del Computo ci si avvale di quelle tipiche, tranne che per la Proroga se Scade in Giorni Festivi (art. 1187 c.c.) in quel caso avendo la prevalenza gli Usi e la Volontà delle Parti. Nel Periodo che va dalla stipula del Negozio fino al Scadenza Termine (cioè al suo Verificarsi) si dice che il Termine Corre che è diverso dalla Condizione che Pende perché manca, nel primo, l'Incertezza che connota la seconda.

Il termine può essere apposto ad ogni Negozio tranne che per gli Actus Legitimi o Puri e negli altri casi previsti da legge (come nel caso dell'art. 637 c.c. in cui il Termine Iniziale o Finale si considera come non Apposto all'Istituzione di Erede).

Nel Codice in realtà non esiste una norma che spieghi, come avviene per la Condizione, le regole per il Termine di Efficacia nei Negozi in Generale. Viene invece Regolato il Termine di Adempimento delle Obbligazioni (art. 1183 e ss. c.c., art. 1457 c.c.). Se non è stato fissato un Termine per l'Esecuzione della Prestazione esso può Esigerla Immediatamente. Se invece la determinazione è stata lasciata ad uno dei Contraenti e questo Non vi provvede o se il Termine è Necessario per la Natura dell'Obbligazione ma le Parti Non si Accordano Esso viene Fissato dal Giudice (art. 1183 c.c.; nell'ambito del Contratto di Mutuo art. 1817 c.c.).

Il Termine può essere affisso a favore di una o l'altra o entrambe le Parti del Rapporto. Se non è presente altra Volontà essa è ritenuta in Favore del Debitore (art. 1184 c.c.) il quale se vuole può adempiere anche prima della scadenza (c.d. Termine di Esigibilità). Se invece è posto a favore del Creditore anche lui è legittimato di esigerlo prima (art. 1185 c.c.) (c.d. Termine di Eseguibilità). Il Termine è ritenuto dalla legge, e in sostanza è così, un vantaggio a favore di chi è stabilito. Non sempre però il Debitore ha il Beneficio del Debito infatti esso ahi sensi dell'articolo 1186 del Codice Civile lo può perdere (Decadenza del Termine) e il Creditore può chiedere subito la prestazione se esiste un Pericolo che Minacci il Soddisfacimento del Creditore:

- Per Sopraggiunta Insolvenza del Debitore (Ad Esempio il Fallimento ex articolo 55 della Legge Fallimentare).
- Per Diminuzione delle Garanzie, Reali o Personali, sia per Caso Fortuito, sia per Fatto del Debitore (Ad Esempio: Distruzione della Casa Ipotecata, Mancato Esercizio dei Mezzi per Conservare il Creditore Dato in Pegno).
- Per Mancata Prestazione delle Garanzie Promesse (Ad Esempio: Alienazione ad Altri del Bene che Doveva Essere Ipotecato).

In ultimo va segnalato il Termine Essenziale il quale impone che la prestazione sia dovuta in un determinato momento in modo che una Prestazione Successiva Non

Possa più farsi o non avrebbe più Valore (di per sé, oppure anche in Relazione agli Interessi Particolari dei Soggetti). Esso è molto importante perché se tale Termine non è stato rispettato ciò comporta la Risoluzione Ipso Iure del Negozio (salvo la possibilità per l'Interessato di concedere un Termine Suppletivo di tre giorni ai sensi dell'articolo 1457 del Codice Civile). Il Termine Essenziale può derivare anche Implicitamente dalle Circostanza del Negozio Giuridico stesso ad esempio la Consegna di un Vestito per una Cerimonia chiaramente il Termine Essenziale è quello della Cerimonia stessa altrimenti dopo tale Termine il Vestito è Inutile, così anche per una Stanza d'Albergo per una Giornata o una Stagione Precisa oppure la Consegna del Titolo allo Scopo di Farne il Deposito Richiesto per Concorrere a una Gara, ecc.

### **Il Modus o Onere**

Il Modus o Onere è un Peso Imposto dall'Autore di un Atto di Liberalità (Donazione, Legato, Istituzione di Erede) a Carico del Beneficiario. L'obiettivo di questi Oneri, che non modificano il Contenuto e il Significato degli Effetti Tipici dei Negozi ma ne aggiungono altri, è solitamente quello di destinare parte della liberalità a vantaggio di scopi di pubblica utilità o a favore di terzi estranei al Negozio oppure a per un Interesse a cui non Corrisponde un Destinatario Persona Giuridica come i lasciti a Favore di animali o l'Erogazione per un'Iniziativa Precaria. Il Modus si distingue dalla Condizione perché nel primo l'Atto Volitivo Accessorio non va per forza compiuto prima di quello principale. Esso infatti è del tutto slegato e il principale può essere compiuto poiché, non come nella Condizione, l'Adempimento dell'Onere non è Primariamente Richiesto. Il Modus va distinto anche dal Votum o Consilium del Disponente perché è in lui un Carattere di Imposizione di un Obbligo. Esso poi si distingue anche dall'Obbligo Principale di Prestazione dei Contratti Onerosi perché in questi le Prestazioni sono fatte l'Una in Vista dell'Altra e stanno Entrambe sul Medesimo Piano, mentre l'Obbligazione Assunta come Modus è un'Obbligazione a sé, Secondaria rispetto alla Liberalità di cui Costituisce un Limite. Il Modus, come Principio, ha Causa nella Liberalità, ma non è Vero l'Opposto. Il Beneficario che ha ricevuto una Liberalità a Titolo Particolare (Legato o Donazione) Sub Modo Non è Tenuto ad eseguirla oltre il Valore di ciò che ha Ricevuto (art. 671, 793 c.c.). Diverso è invece l'Impegno che Grava sull'Erede che abbia Accettato (Senza Beneficio d'Inventario) l'Eredità di Colui che ha Disposto l'Onere. Chiunque ne abbia Interesse Può Agire per Ottenere l'Adempimento dell'Onere (artt. 648 e 793 c.c.). Se esso non viene adempiuto, di Regola non Cade l'Atto di Liberalità ma gli Interessati agiranno per Ottenere l'Adempimento dell'Obbligo in Esso Contenuto. Si è detto che il Modus Non Risolve Ma Costringe. La Liberalità però Cadrà se tale Condizione di Risoluzione è Prevista dal Testatore o dal Donante (Onere Risolutivo) (artt. 648 e 793 c.c.). Alla Risoluzione per Inadempimento del Modus si Applicano gli artt. 1453 s. c.c. (C 03/2569, 97/5124). Un Secondo Caso di Risoluzione per Inadempimento si Riferisce

Soltanto all'onere Posto alla Liberalità Testamentaria: l'Autorità Giudiziaria Potrà Pronunziare la Risoluzione della Disposizione Principale se l'Adempimento dell'onere ha Costituito il Motivo del Lascito. Il Modus Impossibile o Illecito è Nullo e la Disposizione di Liberalità Rimane Valida (Vitiatur, Sed Non Vitiat). Se però l'Atto di Liberalità è posto in essere solo per raggiungere uno Scopo Illecito o Impossibile, tramite il Mezzo dell'Onere, Cade anche l'Atto (artt. 647 e 794 c.c.).

## **10. I Negozi unilaterali.**

### **art. 1324 Codice civile**

**Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale [1334, 1987] (1) (2).**

#### Note

(1) Secondo la teoria tradizionale, la principale distinzione tra contratti ed atti unilaterali sta nel fatto che i secondi non possono essere atipici ma solo tipici (1322, 1987 c.c.). Questo perchè di regola essi sono idonei ad incidere sulla sfera giuridica altrui: pertanto, i singoli devono conoscere in via preventiva quali limitazioni possono subire alla propria libertà. L'ordinamento, inoltre, ritiene in generale non sufficiente una volontà unilaterale perchè si produca un vincolo giuridico.

Secondo altra tesi, sono ammissibili anche atti unilaterali atipici purché non comportino oneri ma solo vantaggi per i loro destinatari e salva, per questi ultimi, la libertà di rifiutarne gli effetti.

(2) E' discusso se tale norma si applichi anche agli atti giuridici in senso stretto, che appartengono al novero degli atti giuridici ma non hanno natura negoziale e che si caratterizzano perchè producono effetti a prescindere dalla volontà di chi li realizza, per il solo fatto che vengono posti in essere.

#### Ratio Legis

La norma si spiega considerando che atti unilaterali patrimoniali e contratto sono entrambi negozi giuridici che differiscono solo sul piano della struttura soggettiva. Quindi, è ragionevole l'estensione della disciplina per quella parte che prescinde dalla bilateralità. L'art. 1324 allude ai negozi giuridici unilaterali. Infatti nella dizione «atti unilaterali tra vivi esso addita atti che assolvono alla funzione di realizzare le esigenze della vita quotidiana, in contrapposto agli atti mortis causa che dispongono per il tempo successivo alla morte del loro autore; perciò non può essersi riferito se non agli atti a carattere negoziale, con la sola limitazione che deve trattarsi di atti a contenuto patrimoniale, per un maggiore ravvicinamento al contratto, che si qualifica per un

identico contenuto. E' sconfinata la varietà dei negozi giuridici unilaterali tra vivi a carattere patrimoniale: si va dall'atto costitutivo di fondazione ai negozi attributivi di poteri (procura, autorizzazione) o di diritti (promessa unilaterale), alle accettazioni di attribuzioni legali o negoziali (dell'eredità, del legato, del beneficio dipendente da un contratto a favore di terzi), agli acquisti di diritto (occupazione), agli atti di scelta (obbligazione alternativa) o di accertamento (riconoscimento), a quelli che provocano estinzione di rapporti (pagamento, recesso, disdetta) o di diritti (rinunce, conferma di atto annullabile); e la serie non è completa. Vi si può riferire anche la revoca del testamento, che non è vera e propria disposizione testamentaria; ma non le semplici dichiarazioni di volontà dirette alla formazione del contratto (offerta di contratto, accettazione) ovvero alla partecipazione ad un rapporto già formato (adesione), le quali non perseguono lo scopo pratico di un negozio perfetto ma preparano il negozio, di cui costituiscono un frammento; non le revoche di atti unilaterali dirette ad impedire che questi ultimi acquistino efficacia.

Estensione analogica dell'art. 1324:

a) atti giuridici materiali

L'art. 1324 però non impedisce di estendere le norme dettate per i contratti ai negozi giuridici unilaterali con contenuto non patrimoniale (negozi di diritto familiare) o agli atti giuridici non negoziali (atti giuridici materiali, mere dichiarazioni di volontà, dichiarazioni di scienza, ecc.). La disciplina dei contratti avrà applicazione diretta per i negozi giuridici unilaterali di carattere patrimoniale, avrà applicazione analogica per gli altri atti unilaterali, così come si è ritenuto che la ragione dell'analogia permette di estendere ai negozi bilaterali non patrimoniali le disposizioni concernenti i contratti (supra, sub art. 1321, n. 3). Gli stessi atti mortis causa, vale a dire il testamento, non rimangono completamente fuori dalla disciplina predisposta per i contratti, avendo con essi in comune la qualifica di negozio giuridico, dalla quale deve necessariamente scaturire un'unità parziale di disciplina; prevale, ad esempio, l'opinione per cui, il carattere di dichiarazione unilaterale non recettizia propria del testamento, non modifica il trattamento legale di questo nel caso di vizi della volontà.

Limiti dell'estensione, agli atti unilaterali, dei principi concernenti i contratti: a) atti giuridici materiali

L'espansione fino agli atti unilaterali anche non negoziali delle norme dettate per i contratti si ferma però ai limiti in cui può consentirla la natura di ogni singolo atto. A meglio intendere questo limite, che è posto espressamente nell'art. 1324, senza volere esaurire l'argomento, giova qualche considerazione a proposito degli atti giuridici materiali e di quelli negoziali (unilaterali), sui quali la dottrina ha svolto particolari indagini. Gli atti giuridici materiali concretano una mera attività, un comportamento,

che il diritto valuta nella sua oggettività; non consistendo in dichiarazioni di volontà, non comportano una volontà diretta alla loro configurazione pratica (volontà come contenuto dell'atto), e questa configurazione corrisponderà pertanto sempre a ciò che il diritto ritiene produttivo di effetti: donde la loro necessaria tipicità. Una variazione nei caratteri di ciascuno di essi darà luogo pertanto ad impossibilità di conseguire lo scopo al quale l'autore dell'atto mira; e del resto, come la volontà possa determinare mutamenti nello schema legislativo, ad esempio, del ritrovamento, della scoperta, della mescolanza, ecc., non si riesce, per vero, ad intendere. Di autonomia della volontà, quindi, si può parlare, rispetto agli atti giuridici materiali solo come libertà di compierli in quanto siano espressamente previsti dall'ordinamento giuridico. Agli atti giuridici materiali non si possono poi applicare le disposizioni sulla capacità, sulla forma e sulla pubblicità valesi per gli atti negoziali: queste disposizioni presuppongono una dichiarazione di volontà, che deve talora essere necessariamente resa nota ai terzi, mentre gli effetti degli atti materiali, in quanto derivanti da una mera attività, devono essere rispettati dai terzi in sé e per sé, vale a dire per quei mutamenti effettivi che sono suscettibili di produrre nel mondo esterno, e quindi in quello giuridico. Ancora ulteriori conseguenze derivano dal carattere di attuazione e non di dichiarazione, che è proprio degli atti giuridici materiali: non si potranno, rispetto ad essi, prospettarsi casi di divergenza della volontà o di errore; non si applicheranno ad essi gli istituti della condizione o del termine che, risolvendosi in autolimitazioni della volontà, presuppongono la possibilità di determinazioni accessorie (questa possibilità si ha solamente rispetto all'atto il cui contenuto può essere liberamente fissato dal suo autore); non si applicheranno i principi sulla interpretazione del contratto perché il significato dell'atto giuridico è sempre quello attribuito dalla legge e non lascerà mai luogo a dubbi; non si applicheranno le disposizioni concernenti la prova dei contratti, che presuppongono, tra l'altro, la possibilità di redigere uno scritto, ovviamente da negarsi rispetto ad una mera attività di fatto.

#### b) atti negoziali

Anche i negozi giuridici unilaterali sono essenzialmente tipici; infatti, a differenza del contratto, la loro efficacia si dirige sempre nella sfera del terzo, in modo che, in applicazione del già ricordato principio della indipendenza di ciascuna sfera individuale (v. supra sub art. 1322, n. 13), non può, rispetto ad essi, esistere libertà, di creare figure extralegali, ma soltanto autonomia rispetto al contenuto dell'atto. Non potendo, nei negozi giuridici unilaterali, aversi una prestazione, oggetto di essi può essere soltanto il bene a cui si riferisce la disposizione; ed ancora, la circostanza che la formazione dei negozi unilaterali non dipende dallo scambio di dichiarazioni fa sì che la loro disciplina non resti influenzata dalle regole che concernono la formazione del contratto, le quali presuppongono lo scambio di dichiarazioni di volontà: così il

negozio giuridico unilaterale produce effetti con la semplice emissione della dichiarazione (art. 1989), o a seguito della conoscenza che ne abbia avuta la persona alla quale l'effetto doveva riferirsi (art. 1334, cfr. anche art. 1236) o infine con l'attuazione della volontà se una dichiarazione non è richiesta (esecuzione volontaria, occupazione, abbandono, accettazione tacita di eredità, ecc.); così per il negozio non hanno valore le regole degli articoli 1341 e 1342. Oltre che sulla disciplina degli atti materiali, nemmeno su quella dei negozi unilaterali influiscono le norme relative alla prova dei contratti già considerata inapplicabile agli atti materiali: per i negozi unilaterali la ragione di tale inapplicabilità consiste nel fatto che il terzo non ha partecipato alla formazione dell'atto, e quindi non poteva procurarsene la prova scritta; inoltre le regole sull'accertamento della data della scrittura privata nei confronti dei terzi non si applicano alle dichiarazioni unilaterali, per le quali può ammettersi qualsiasi mezzo di prova (art. 2704). Giacché il negozio unilaterale è opera di un solo oggetto non si possono applicare al medesimo le disposizioni che presuppongono per l'impugnativa o per la revoca la consapevolezza del pregiudizio da parte del contraente (articoli 428 e 2901, n. 2, cod. civ.; articoli 193 e 194 cod. pen.) ovvero la sua partecipazione alla dolosa preordinazione; la revocatoria ex art. 67 della legge fallimentare non potrà comportare la prova della conoscenza da parte del terzo dello stato d'insolvenza dell'autore dell'atto. Per lo stesso motivo della sua formazione unilaterale, la sua estinzione volontaria non può avvenire se non per effetto di altro atto unilaterale: l'interesse del soggetto al quale dovevano riferirsi le conseguenze dell'atto che si vuole estinguere, è tutelato dalla legge mediante la dichiarazione di irrevocabilità, dell'atto che sia perfetto, da parte di colui che lo ha posto in essere o di irrinunciabilità dei suoi effetti da parte di colui al quale questi effetti dovranno riferirsi: al medesimo può essere consentito di respingere gli effetti dell'atto anche prima che si producano (esempio nell'art. 1236). Revoca e rinuncia prendono dunque, nel negozio unilaterale, il posto che nel contratto spetta al mutuo dissenso, che è pure stimolato esclusivamente dalla valutazione dell'interesse personale delle parti; ma la revoca prende anche il posto della risoluzione del contratto nei casi in cui sia vincolata all'osservanza di limiti posti dalla legge, che quasi sempre consistono nella conformità di essa agli scopi del diritto (c. d. giustizia dell'atto). Qui si intendono fare semplicemente dei parallelismi non delle identificazioni di istituti; queste non possono prospettarsi nemmeno quando la revoca e la rinuncia intervengono a seguito di convenzione fra l'autore dell'atto da estinguere e il destinatario dei suoi effetti, perché in tal caso la revoca e la rinuncia, se attuano la precedente convenzione, non perdono la loro autonoma configurazione giuridica.

L'esistenza di una precedente convenzione è tuttavia talora suscettibile di provocare l'applicazione diretta dei principi vevoli per il contratto: così, per l'art. 1414, l'accordo simulatorio fra dichiarante e destinatario consente di ritenere simulato l'atto

unilaterale che ne sia derivato, per quanto non sia necessaria e non sia intervenuta per il suo compimento la cooperazione altrui.

**Massime relative all'art. 1324 Codice civile**

Cass. n. 2399/2009

Nell'interpretazione dei negozi unilaterali tra vivi, non essendo utilizzabile il criterio della comune volontà delle parti né quello del loro comportamento complessivo, i criteri ermeneutici principali sono quelli del senso letterale delle parole, e dell'interpretazione complessiva delle clausole le une per mezzo delle altre. Inoltre, nel conflitto tra la manifestazione di volontà desumibile da clausole aggiunte e quella desumibile "per relationem" dalle clausole a stampa, deve darsi prevalenza alle prime, dovendosi presumere che il sottoscrittore abbia inteso privilegiare le clausole formulate appositamente e specificamente, piuttosto che quelle preordinate unilateralmente. (Fattispecie relativa ad una proposta irrevocabile di acquisto redatta su un modulo prestampato, in cui la Corte ha ritenuto corretta decisione di merito, che aveva dato la prevalenza ad una clausola aggiunta a mano contenente un termine per la stipula del preliminare rispetto ad una clausola a stampa, che fissava un termine più lungo per l'efficacia della proposta).

Cass. n. 11433/2002

In tema di interpretazione degli atti negoziali, deve ritenersi che una serie di dichiarazioni unilaterali aventi tanto natura confessoria, quanto di riconoscimento di debito, postulino, sul piano interpretativo, una ricostruzione dell'«intenzione delle parti» (rilevante sotto il profilo di cui all'art. 1362 c.c.) afferente, in via esclusiva, alla volontà espressa dal dichiarante, e non certamente a quella — peraltro, del tutto ipotetica — del destinatario di quelle dichiarazioni, con conseguente irrilevanza della circostanza che, in un primo momento — prima, cioè, dell'accertamento del reale contenuto delle dichiarazioni — il destinatario stesso abbia avuto un'inesatta conoscenza di queste.

Cass. n. 11191/2002

In virtù del richiamo operato dall'art. 1324 c.c., la causa illecita e il motivo illecito rilevano ai fini della nullità anche agli atti unilaterali; il relativo accertamento è rimesso al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizi di motivazione. (Nella specie, la sentenza impugnata aveva ravvisato un intento fraudolento nel trasferimento di un lavoratore da un cantiere ancora aperto ad altro prossimo alla chiusura per fine lavori, al fine di far apparire giustificato il successivo licenziamento, e, ritenuto nullo detto trasferimento, aveva dichiarato l'illegittimità dell'impugnato licenziamento; la S.C. ha confermato tale sentenza).

Cass. n. 12780/2000

Riguardo agli atti giuridici non negoziali e alle dichiarazioni unilaterali di volontà non è applicabile, data la loro natura, il criterio interpretativo della comune intenzione delle parti, né è rilevante il comportamento dell'autore di essi, rimanendo invece applicabile, in base al rinvio operato dall'art. 1324 c.c., il criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto, stabilito dall'art. 1363. (Fattispecie relativa all'interpretazione e alla qualificazione giuridica dell'avviso di selezione per l'assunzione di personale da parte di un'azienda municipalizzata).

Cass. n. 7178/1995

Le norme sull'interpretazione dei contratti sono applicabili ex art. 1324 c.c., in quanto compatibili, anche agli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale quando si tratti di dichiarazioni di volontà consapevolmente indirizzate alla produzione di determinati effetti giuridici di natura patrimoniale ad esse collegati dall'ordinamento, mentre la loro applicazione è da escludere nei riguardi di atti che, essendosi formati nel processo a fini istruttori od essendo destinati a svolgervi funzioni di prova, sono soggetti alla valutazione ed al prudente apprezzamento del giudice nell'esercizio della discrezionalità a lui demandata dall'art. 116 c.p.c. e nel rispetto dell'obbligo di enunciare, a sostegno del suo libero convincimento, una motivazione congrua, sufficiente e conforme ai criteri logici.

Cass. n. 41/1990

Alla proposta ed all'accettazione (li si consideri atti giuridici non negoziali o dichiarazioni unilaterali di volontà) non è comunque applicabile, attesa la loro natura di atti unilaterali, il criterio ermeneutico della comune intenzione e del comportamento complessivo delle parti, escludendosi altresì la rilevanza del comportamento dell'autore dell'una o dell'altra e rimanendo, invece, applicabile, alla stregua del rinvio operato dall'art. 1324 c.c., il criterio dell'interpretazione complessiva dell'atto, stabilito dall'art. 1363 dello stesso codice.

Cass. n. 2009/1988

Le norme sulla interpretazione dei contratti si applicano anche ai negozi unilaterali nei limiti della compatibilità dei criteri stabiliti dagli artt. 1362 e ss. c.c. con la particolare natura e struttura della predetta categoria di negozi. Pertanto, nei negozi unilaterali non può aversi riguardo alla comune intenzione delle parti, che non esiste, ma si deve indagare soltanto quale sia stato l'intento proprio del soggetto che ha posto in essere il negozio senza far ricorso, per determinarlo, alla valutazione del comportamento dei destinatari del negozio stesso.

Cass. n. 755/1982

L'illiceità del motivo, che sia stato il solo a determinare la volontà della parte, comporta, ai sensi degli artt. 1324 e 1345 c.c., la nullità del negozio unilaterale causale.

## **Da Filodiritto**

### **La promessa unilaterale**

L'articolo 1987 del **Codice Civile** nel prevedere che *“la promessa unilaterale di una prestazione non produce effetti obbligatori fuori dei casi ammessi dalla legge”* sembrerebbe sancire la tesi di stretta tipicità delle promesse unilaterali e conseguentemente l'inammissibilità per i privati di predisporre schemi negoziali unilaterali atipici.

Ogni fattispecie negoziale, si dice, al fine di perfezionarsi e dunque di produrre effetti, pretende l'accordo delle parti, cosicché gli effetti che si produrranno nella sfera giuridico-patrimoniale degli interessati saranno il frutto di una volontaria e consapevole manifestazione di volontà. L'ordinamento, dunque, si preoccupa di tutelare i terzi estranei ad una stipulazione contrattuale, cosicché non solo di volta in volta, disciplina il singolo negozio unilaterale, ma, a detta di una parte della dottrina, non riconoscerebbe la validità ed efficacia di negozi unilaterali non tipicamente contemplati. Senonché, si è fatto notare, una interpretazione sistematica della norma in combinato disposto con l'articolo 1333 del Codice Civile unita al tramonto del dogma del consenso e della intangibilità della sfera del terzo porterebbe ad ammettere la promessa unilaterale atipica a condizione che sia “interessata e rifiutabile produttiva di effetti incrementativi”.

#### **1. I termini della questione**

Tradizionalmente si riteneva che il contratto fosse l'unico strumento generale di esplicazione dell'autonomia privata, e che, all'opposto, i negozi unilaterali fossero ammissibili nei soli casi previsti dalla legge.

In effetti il dato normativo appare incontrovertibile laddove, **all'articolo 1987 Codice Civile nega la produzione di effetti giuridici delle promesse “fuori dei casi ammessi dalla legge”**. Pertanto, nell'ordinamento giuridico non sono configurabili altri atti negoziali unilaterali, oltre quelli espressamente previsti dalla legge, che secondo una lettura particolarmente restrittiva della norma, si risolvono nella promessa di pagamento e nella ricognizione di debito (articolo 1988 Codice Civile), nella promessa al pubblico (articolo 1989 Codice Civile) e nei titoli di credito (articolo 1992 Codice Civile).

La scelta tipizzante del legislatore del '42 non sembra essere smentita neppure scorrendo le restanti norme del Codice.

Il termine “promessa” ricorre, in funzione definitoria, in un numero assai esiguo di disposizioni (artt. 79 – 81, 1381, 1822 Codice Civile), alcune delle quali prive di ogni attinenza con i rapporti obbligatori (è il caso delle norme che regolano la promessa di matrimonio); altre, relative a fattispecie appartenenti a paradigmi contrattuali (è l'ipotesi della promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo, nonché della promessa di mutuo).

Altrove, il termine “promessa” è impiegato tra le righe del testo di legge, senza alcuna valenza definitoria (come accade, ad esempio, per l'oblazione del comitato).

Nell'intenzione del legislatore sarebbe possibile assumere unilateralmente un'obbligazione solo con contratto o donazione (obbligatoria) o ex articolo 1333 (contratto con obbligazioni a carico del proponente).

Il consenso dovrebbe, da un lato, garantire l'intangibilità della sfera del terzo promissario, pur in presenza di un effetto favorevole, quale è la nascita di un diritto di credito e, dall'altro, garantire il promittente, perché l'assunzione dell'obbligazione dovrebbe essere così sempre giustificata causalmente da un suo interesse meritevole, essendo la causa ex articolo 1325 n.2 Codice Civile elemento essenziale del contratto.

Nonostante il dato positivo, discusso è se l'articolo 1987 Codice Civile intenda circoscrivere l'operatività del vincolo obbligatorio unilaterale a ipotesi tipizzate e specificatamente indicate dal legislatore o se, piuttosto, il legislatore abbia comunque offerto all'interprete uno schema da plasmare nell'ambito dell'autonomia riconosciuta ai privati dall'ordinamento.

La soluzione al quesito è possibile solo ripercorrendo le argomentazioni addotte a sostegno di ciascuna delle due differenti impostazioni che si sono contese il campo.

## 2. Tesi negatrice

L'impostazione tradizionale è nel senso della tipicità delle promesse unilaterali.

In primo luogo, si afferma che il nostro ordinamento è ispirato all'idea della centralità del consenso. Ogni negozio giuridico, e segnatamente il contratto, è la risultante della somma di una duplice volontà: quella del soggetto che intende obbligarsi (la proposta) e quella della controparte beneficiaria che accoglie l'altrui obbligo (l'accettazione): sarebbe, pertanto, contrario al dato normativo che il vincolo obbligatorio potesse nascere solo per effetto della manifestazione di volontà di una sola delle due parti coinvolte.

L'orientamento in esame trova ulteriore conferma nell'articolo 1173 Codice Civile, inferendone che se il legislatore avesse voluto ricondurre le promesse unilaterali nell'ambito delle fonti delle obbligazioni, accanto ai contratti e ai fatti illeciti, lo avrebbe fatto espressamente e non avrebbe posto un limite così nitido alla efficacia obbligatoria delle stesse, quale quello contenuto nell'art 1987 del c.c.

In secondo luogo, ammettere l'atipicità delle promesse unilaterali significherebbe introdurre un inammissibile vulnus al principio causale.

Si dice, infatti, che gli spostamenti devono, di regola, rispondere ad una giustificazione obiettiva in termini di ragionevolezza. Posto che la promessa produce un effetto obbligatorio che prescinde dalla giustificazione causale (promitto quia promitto), si produrrebbero spostamenti patrimoniali "acausali", con un'inaccettabile violazione dell'articolo 1325 Codice Civile che, letto in combinato disposto con l'articolo 1418, comma 2 Codice Civile, ne sancisce la nullità.

Ad esito non diverso si perviene se si considera che riconoscere alle promesse unilaterali portata generale, comporterebbe l'ammissione di negozi giuridici unilaterali svincolati da ogni più rigido requisito formale.

Pur ammettendo il principio di libertà delle forme in ambito negoziale, in alcuni casi il legislatore impone forme particolari, solenni, per richiamare l'attenzione dell'autore sull'importanza dell'atto che si sta realizzando. Si pensi alla donazione e al suo rigore formale (atto pubblico). Se fosse possibile realizzare una promessa unilaterale atipica che realizzi uno scopo di liberalità, sarebbe facile l'elusione della forma dell'atto pubblico.

Infine, si richiama il principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui ex articolo 1372, salvo esplicite deroghe legislative ex articolo 1411 del Codice Civile.

### 3. Tesi favorevole e confutazione della tesi contraria

Una dottrina più evoluta, e di recente conio, caldeggia la tesi della atipicità delle promesse unilaterali.

Più nello specifico, l'orientamento favorevole propone una nuova lettura del rinvio previsto dall'articolo 1987 Codice Civile, che non deve essere inteso solo con riferimento alle disposizioni dello stesso Titolo IV del libro delle obbligazioni (artt. 1988, 1989, 1992 Codice Civile) ma con riferimento a qualunque altra norma giuridica che preveda una promessa unilaterale, fra le quali, in particolare, si colloca l'art 1333 Codice Civile.

Pertanto, l'articolo 1987 Codice Civile, attraverso il collegamento con l'articolo 1333 Codice Civile, sarebbe lo strumento per ammettere l'esistenza nell'ordinamento

giuridico di un'ampia categoria di promesse unilaterali atipiche rifiutabili. Il principio della cosiddetta relatività e del valore *Inter partes* della regola negoziale è dunque un principio non assoluto ma relativo, nel senso che il legislatore può derogarvi ed ha dimostrato di volervi derogare quando il terzo vede incrementato il proprio patrimonio, sempre che gli sia consentito di sottrarsi a tale attribuzione incrementativa.

Pertanto mentre sono tassative le ipotesi di negozi unilaterali che incidono nella sfera altrui senza alcuna possibilità di reazione da parte dell'oblato (che si trova quindi in una posizione di soggezione) costituisce invece il principio generale, come tale valido anche a prescindere da una tassativa previsione caso per caso, che un negozio unilaterale possa incrementare l'altrui patrimonio, salvo rifiuto. Le preoccupazioni legate al principio dell'intangibilità della sfera giuridica altrui (1372) vengono, pertanto, superate evidenziando come la sfera giuridica del soggetto che non dà il proprio consenso viene sufficientemente garantita da due circostanze:

- la prima è che lo schema previsto dall'articolo 1333 Codice Civile non prevede obbligazioni a carico del destinatario, ma a carico del solo proponente;
- la seconda è che gli effetti del negozio sono comunque eliminabili dal destinatario tramite il rifiuto.

La giurisprudenza dal canto suo in arresto molto significativo (Corte di Cassazione sentenza n. 9500 del 1987) ha applicato l'articolo 1333 del Codice Civile ad una vicenda nel quale il padre si era obbligato con la madre, in sede di separazione personale, a trasferire alla figlia minore la proprietà di un immobile, ad estinzione dell'obbligo di mantenimento e quindi solvendi causa, ed aveva poi adempiuto con una dichiarazione unilaterale traslativa formale, seguita da silenzio.

Per quanto riguarda il principio di causalità degli spostamenti patrimoniali occorre evidenziare che è in atto un processo di revisione della nozione tradizionale di causa del negozio, sia bilaterale che unilaterale. La nuova concezione conduce al superamento della visione della causa in astratto, secondo cui gli spostamenti patrimoniali possono essere unicamente ricondotti unicamente a due funzioni (scambio, liberalità), ed al progressivo accoglimento della tesi della causa in concreto, che valorizza la funzione concretamente perseguita dalle parti o dalla parte, se trattasi di negozio unilaterale.

Inoltre occorre rilevare che il legislatore, utilizzando nel testo e nella rubrica dell'articolo 1333 Codice Civile, il termine "contratto" e inserendo tale norma nell'ambito della disciplina generale sui contratti abbia voluto imporre di esplicitare sulle promesse unilaterali (atipiche) il medesimo controllo causale ex articolo 1325 previsto per i contratti. D'altronde è lo stesso art 1324 del Codice Civile che estende

agli atti unilaterali tra vivi le norme che regolano i contratti. Ne discende che anche in tale ambito il requisito causale di cui all'articolo 1325 è imprescindibile.

Poco convincenti risultano gli argomenti inerenti la “centralità del contratto” e quello formale. In particolare si evidenzia come l'idea della centralità del contratto tra le fonti dell'obbligazione e del connesso dogma della volontà siano ormai tramontati.

Tale impostazione era connessa ad una visione “volontaristica” del contratto.

Un contratto è tale non perché sia il frutto delle volontà reali delle parti, ma in virtù dell'apparente congruenza delle dichiarazioni rilasciate dai contraenti, senza considerare la possibilità, ammessa da taluno, che il contratto si formi senza accordo.

Quanto all'argomento formale se si ammette che le promesse unilaterali soggiacciono alle regole generali sui contratti, con questi condivideranno anche le disposizioni in tema di forma. Quanto al rischio di elusione della forma imposta per gli atti di liberalità, è stato osservato che vanno tenuti distinti i concetti di gratuità e liberalità. n atto gratuito, in quanto privo di corrispettivo, non può per ciò solo essere definito liberale.

Il negozio gratuito, infatti, è sempre caratterizzato (e quindi giustificato causalmente), da un interesse patrimoniale anche mediato, purché giuridicamente rilevante, di chi si obbliga o trasferisce, che non si situa quindi a livello di “semplice motivo” dell'attribuzione gratuita. La conseguenza sul piano formale consisterà nella non assoggettabilità di ogni atto gratuito alla disciplina della forma solenne prevista per gli atti di liberalità (atto pubblico).

Ne deriva, pertanto, che una promessa unilaterale gratuita non abbisogni necessariamente di una forma particolare per essere valida. Si pensi al caso del fornitore che promette di eliminare a proprie spese i difetti dell'opera realizzata dal compratore con i materiali forniti, al fine di evitare un eventuale discredito commerciale.

Si pensi ancora alle lettere di patronage (o di gradimento) con le quali il dichiarante, di regola una società controllante, “presenta” ad una banca un aspirante cliente, di regola una propria società controllata, al fine di rafforzare il convincimento (di solvibilità della controllata) della banca stessa che costui farà fronte ai propri impegni, conseguenti alla conclusione di contratti bancari di finanziamento.

Non vi è dubbio in questi casi trattarsi di tipiche promesse “gratuite e atipiche” sicuramente meritevoli sotto il profilo causale.

#### 4. Conclusioni

- Le promesse unilaterali possono creare vincoli obbligatori anche al di fuori delle tipizzazioni operate dal legislatore.
- Il limite dei “casi ammessi dalla legge” frapposto dall’articolo 1987 Codice Civile opererebbe solo per quelle promesse acausali (in quanto tali astratte), per le quali più rigido è stato l’approccio del legislatore nel ricondurle a schemi tipici.
- Il principio della cosiddetta relatività e del valore inter partes della regola negoziale è dunque principio relativo e non assoluto in quanto il Codice dimostra di volervi derogare quando il terzo vede incrementato il suo patrimonio, sempre però che gli sia consentito di sottrarsi a tale attribuzione finanche incrementativa.

## **11. Il contratto**

Una delle più importanti fonti di obbligazione è il contratto.

L’art. 1321 del c.c. lo definisce come l’accordo dei due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico di natura patrimoniale.

Il contratto quindi si riferisce agli interessi economici delle parti ed è frutto della libera autonomia negoziale in quanto consente alle parti di regolare in autonomia e senza l’ingerenza di altri un rapporto giuridico di natura patrimoniale.

Nel procedimento di formazione del contratto si individuano due atti: la proposta e l’accettazione, che costituiscono dichiarazioni di volontà unilaterali.

Perché ci sia l’accordo è necessario che proposta e accettazione si fondino in un’unica volontà.

Il contratto si ritiene concluso nel momento e nel modo in cui il proponente ha conoscenza dell’accettazione dell’altra parte. L’accettazione può anche essere manifestata tacitamente con l’esecuzione della prestazione richiesta. Proposta e accettazione di regola sono revocabili, in questo caso il proponente è tenuto al risarcimento delle spese e delle perdite subite dall’altra parte, se questa ha iniziato in buona fede l’esecuzione del contratto.

Della definizione del contratto secondo l’art. 1321 si deducono i suoi requisiti, che sono: l’accordo delle parti, la causa, l’oggetto e la forma quando è prescritta. Quindi è richiesto un complesso di elementi essenziali, la cui presenza è requisito fondamentale di validità,

l’accordo è la combinazione delle manifestazioni di volontà delle parti. Non si parla di persone, come soggetti del contratto, ma di parti. (per parte s’intende un centro unitario d’interessi) più persone possono raggrupparsi nell’unico centro d’interessi che costituisce le parti. Ci sono anche contratti con più parti come ad esempio il

contratto di società tra più di due parti(plurilaterali) L'accordo è uno degli elementi essenziali del contratto, e consiste nell'incontro dei consensi dei contraenti. La legge usa spesso termini quali "accordo", ma anche convenzione (che può essere considerato nient'altro che un sinonimo del precedente) per figure che sono di incerta collocazione, come le convenzioni di lottizzazione e le convenzioni matrimoniali, gli accordi patrimoniali tra coniugi, gli accordi tra amministrazioni pubbliche, gli accordi sostitutivi e integrativi di cui alla l. 241/1990.

Dal momento che l'articolo 1321 definisce il contratto come accordo c'è quindi da comprendere se i termini siano sinonimi o se indichino fenomeni diversi.

Secondo la dottrina quella dell'accordo sarebbe una categoria generale nella quale rientrerebbe il contratto. La legge però non dice cos'è un accordo, limitandosi a definire il solo contratto. Da questo punto di vista, allora, la nozione può essere data in via residuale: gli accordi sarebbero quegli atti giuridici bi o plurilaterali che non sono contratti ("atti di autoregolamentazione dei propri interessi a struttura bilaterale o plurilaterale, che possono avere anche contenuto non patrimoniale" li definisce Donisi; mentre Maiorca li definisce come "ogni accordo di volontà avente una funzione giuridicamente rilevante").

Secondo parte della dottrina, poi, gli accordi si differenzerebbero dal contratto per la mancanza del conflitto di interessi; il contratto, cioè, sarebbe un mezzo per comporre interessi in conflitto, in quanto "le parti, muovendo ciascuna dalla visione dei propri interessi e così da posizioni contrastanti, si incontrano in un punto di mezzo". L'accordo, invece si caratterizzerebbe anche per la convergenza di interessi.

Accordi, e non contratti, sarebbero anche i cosiddetti patti tra gentiluomini (Alpa). Diverso è il termine patto, che in genere ha un significato più preciso. Nella categoria dei patti rientrerebbero, infatti, quegli accordi che si inseriscono in un assetto di interessi più ampio, come clausola di un diverso regolamento contrattuale (Ferri), oppure come un vero e proprio contratto, collegato però con altri per raggiungere una finalità diversa e ulteriore rispetto a quella cui il patto stesso è diretta. Così, ad esempio, è denominata dalla legge "patto" la clausola con cui si prevede il riscatto del bene venduto (articolo 1500); patto è definita anche la clausola con cui si concede la preferenza nel contratto di somministrazione (articolo 1566), nonché la clausola di limitazione della responsabilità (articolo 1229).

Il contratto è dunque un accordo, e ciò è ribadito dall'articolo 1325 che lo annovera tra i requisiti essenziali del contratto, tanto che la sua mancanza può anche determinare la nullità della fattispecie negoziale. In realtà la definizione del contratto come accordo deve essere poi precisata, perché se pure è vero che il sostantivo accordo sta a significare che le parti devono entrambe volere lo stesso contenuto contrattuale

manifestando la loro volontà in modo positivo, è altrettanto vero che il codice conosce molte figure di contratto nato senza accordo.

In primo luogo basti pensare che una qualsiasi fattispecie negoziale è perfetta anche nel caso della cosiddetta riserva mentale, in cui un accordo vero e proprio manca. Un contratto senza accordo è poi la figura del contratto con obbligazioni a carico del solo proponente (in cui la fattispecie si perfeziona con il mancato rifiuto) e quella del contratto con se stesso nonché tutte quelle fattispecie in cui una delle due parti non ha alcun potere di determinare il contenuto del contratto, come nel caso dei contratti per adesione; in quest'ultima ipotesi, infatti, il contratto è concluso anche se il contraente aderente non conosceva le singole clausole contrattuali, perché è sufficiente la loro conoscibilità.

Un altro caso di contratto che nasce senza accordo ricorre tutte le volte che opera la presunzione di conoscenza di cui all'articolo 1335, relativamente all'accettazione; dal momento che l'accettazione si presume conosciuta quando giunge all'indirizzo del destinatario può capitare, infatti, che il contratto sia concluso senza che il proponente ne sappia nulla.

la causa è la funzione economico sociale cui il contratto tende,

Si tratta di un tema dei più ispidi e insidiosi di tutti il diritto civile, affascinante e misterioso. Pervaso di "fatale malia", diceva il Bonfante; "vago e misterioso" per Ferrara; rigogliosa fonte di equivoci sosteneva il Pugliatti; una formula magica, secondo la definizione di Alpa. C'è chi, quando lo sfiora, evita di affrontare il problema limitandosi a dire che esso è insoluto e complesso; e chi, dopo approfondite analisi, ha stabilito che la causa non è un concetto autonomo, e, dunque, non sarebbe neanche un requisito del contratto. Prevalgono però, coloro che, all'opposto, giudicano la causa un concetto tra i pilastri fondamentali dell'ordinamento giuridico, in quanto è un punto di passaggio obbligato per chi voglia indagare il rapporto esistente tra l'autonomia privata e l'ordinamento giuridico.

Tuttavia è un concetto che occorre approfondire e capire. Anzitutto si tratta di un concetto che ricorre varie volte nel codice; in secondo luogo è considerato un nodo centrale per la comprensione di una molteplicità di istituti che vengono spesso detti "di rilievo causale", nel senso che si tratta di argomenti che, in pratica, sono strettamente collegati con la nozione di causa e che non possono essere compresi senza essersi fatti un'idea esatta di questo istituto.

Il problema della causa è quello del riconoscimento giuridico del negozio. E' il problema - come dice Betti - del perché esiste il negozio, della sua ragione. In ogni ordinamento giuridico per l'interprete sussiste sempre il seguente problema: a quali condizioni un certo accordo, una certa promessa, o una certa prestazione, sono valide

e giuridicamente tutelate dall'ordinamento? Indagare il problema della causa, quindi, significa indagare le ragioni e i limiti dell'autonomia privata nel nostro ordinamento. Individuare quali negozi giuridici sono riconosciuti e tutelati dalla legge, a quali condizioni ed entro che limiti.

In linea teorica l'ordinamento positivo può dare risposte diverse:

A) può stabilire, ad esempio che è riconosciuto ogni negozio giuridico, di qualsiasi tipo e con qualsiasi contenuto (nel qual caso l'autonomia privata avrebbe un'estensione vastissima);

B) può ammettere la giuridicità dei soli negozi tipici (come accadeva nel diritto romano);

c) oppure può stabilire che sono riconosciuti solo i negozi bilaterali inter vivos di carattere patrimoniale,

Questo è il problema della causa; ed è per questo che come argomento suscita da una parte tanto interesse, dall'altra un certo timore reverenziale.

la nozione di causa: una prima definizione

Anticipando quanto verrà più ampiamente esposto nei prossimi paragrafi vedremo che molte delle tesi proposte in tema di causa sono sostanzialmente identiche. Ciò vale anche per tesi che solo apparentemente sono lontane tra loro (come la tesi oggettiva, la tesi soggettiva e le recenti teoria di Gazzoni e Bianca, dette "dello scopo pratico"). Lo rilevava già Ferri, nel 1968, il quale nel suo scritto "Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico" faceva notare che le differenze tra le varie tesi sono più apparenti che reali, e talora sono solo frutto di polemiche.

La causa del contratto è la giustificazione di esso nei confronti dell'ordinamento giuridico; causa, quindi, = giustificazione giuridica.

Al di là di questo generico significato, però (che in parte coincide con quanto afferma il resto della dottrina), non si può andare.

Stabilire in quali casi ricorra una valida e lecita causa per obbligarsi è compito che deve svolgersi ricostruendo l'ordinamento giuridico nel suo complesso, specialmente alla luce dell'ordinamento costituzionale e delle direttive comunitarie. In altre parole, verificare l'esistenza e la validità della causa spetta all'interprete, e quindi al giudice.

Il fulcro della valutazione causale (sia nei contratti tipici che nei contratti atipici) è la meritevolezza dell'interesse perseguito dai contraenti, giudizio che l'articolo 1322 prescrive espressamente per i solo contratti atipici, ma che è necessariamente richiesto anche per i contratti tipici.

Il concetto di causa è stato voluto, nel codice civile, per introdurre un elemento che - grazie alla sua fumosità e alla sua evanescenza - potesse servire di controllo all'autonomia privata; lo si dice espressamente nella Relazione al re, ove si può leggere che "nonostante le critiche a cui il requisito della causa ha dato luogo si è stimato necessario conservarlo e anzi conferirgli la massima efficienza..." ... "soprattutto perché un codice fascista, ispirato alle esigenze della solidarietà, non può ignorarne la nozione senza trascurare quello che deve essere il contenuto socialmente utile del contratto".

Queste parole mettono in luce in modo evidente il risultato che voleva veramente raggiungere il legislatore di allora: introdurre un concetto - volutamente vago e fumoso - che potesse servire per controllare l'attività dei privati, indirizzandola a fini approvati dal regime, senza rinnegare esplicitamente il principio, ormai consolidato, dell'autonomia privata.

Teoria della funzione o teoria oggettiva

Definizione

La causa è la funzione economico sociale del contratto. Funzione che si risolve nella sintesi dei suoi effetti essenziali. Ad esempio la causa della vendita è lo scambio di cosa contro prezzo; lo scambio è la sua funzione economica e sociale, ed è, altresì il suo effetto essenziale.

Ogni contratto tipico ha una causa tipica giudicata meritevole di tutela dal legislatore. Il contratto atipico, invece, necessita di un'indagine sulla meritevolezza dell'interesse. Ogni contratto tipico ha dunque una sua causa, mentre per i contratti atipici è necessaria un'indagine caso per caso. Quando il contratto è tipico, comunque, è necessario che gli scopi che le parti si prefiggano siano coincidenti con quelli del legislatore, altrimenti il negozio potrebbe essere illecito, o avere una causa diversa da quella tipica. Inoltre lo scopo, anche se coincidente con lo scopo tipico, deve comunque essere lecito. In altre parole, la causa, ancorché astrattamente determinata dalla legge e lecita, potrebbe essere illecita in concreto. Ad esempio se Tizio vende con patto di riscatto una cosa a Caio, ma la sua reale intenzione non è quella di scambiare l'oggetto con un prezzo, bensì garantire il prestito che gli ha fatto Caio, il negozio potrebbe essere illecito perché in frode alla legge. In pratica, la causa del contratto consiste in un giudizio di meritevolezza da parte dell'ordinamento, che nei contratti tipici è effettuato a priori dal legislatore; nei contratti atipici è effettuato volta per volta dal giudice.

Critiche Le critiche rivolte alla teoria della funzione sono molte. Ecco le principali:

- sarebbe rigidamente oggettiva, trascurando lo scopo delle parti;

- se la causa si risolve nel concetto di funzione, allora, coincide con il concetto di tipo
- se la causa dei contratti tipici è la funzione astratta del negozio, e coincide col tipo, allora sarebbe impossibile configurare una causa illecita. E' impossibile, infatti, pensare ad un tipo illecito, o ad una funzione astratta illecita. Ad esempio Sacco dice che se io compro droga il contratto avrebbe una causa lecita (essendola sua funzione quella di qualsiasi altra vendita). E quindi siamo nel regno dell'assurdo;
- sarebbe impossibile configurare negozi astratti o mancanti di causa. Se la causa è la funzione, sarà impossibile configurare negozi privi di funzione;
- la causa, intesa come funzione, è un requisito esterno al contratto. Questa è forse l'unica critica pertinente. Se è vero che la causa è la funzione del contratto, infatti, e coincide con la meritevolezza dell'interesse, allora la causa è un giudizio dell'ordinamento. Ma un giudizio non può essere un elemento del contratto, bensì qualcosa che sta fuori. E' un qualcosa di immateriale, che proviene dal giudice, o comunque dalla legge, e quindi non è interno al contratto.

#### Controcritica

Nessuna delle critiche proposte, salvo l'ultima, è pertinente. La teoria della funzione, infatti:

- non è rigidamente oggettiva, perché lo scopo delle parti è importante ai fini sia della liceità dell'operazione, sia della qualificazione del contratto. Tanto è vero che il Betti, alla voce Causa del Novissimo Digesto, dedica ben due paragrafi all'aspetto soggettivo della causa che, conclude l'autore, può anche definirsi come "la funzione economico-individuale" del contratto;
- non fa coincidere i concetti di causa e tipo. Si tratta di concetti differenti che nessun autore aderente alla teoria oggettiva si sogna o si è mai sognato di confondere;
- né è vero che per la teoria della funzione la causa non può mai essere illecita. Lo abbiamo detto all'inizio: il contratto tipico può essere illecito quando le parti lo hanno stipulato per uno scopo pratico diverso ed illecito rispetto a quello tipico avuto di mora dalla legge;
- quanto al fatto che non potrebbe mai ipotizzarsi un negozio privo di causa, nei contratti tipici ciò è vero, ma non ci pare sia un ostacolo insuperabile o ci siano limiti concettuali ad ipotizzare una cosa simile; nei contratti atipici la causa potrà mancare quando esso non è meritevole di tutela.

#### Teoria soggettiva

La causa è lo scopo delle parti, ma non qualsiasi scopo, bensì solo lo scopo ultimo, quello oggettivato nel negozio. Per la vendita, ad esempio, è lo scambio di cosa contro prezzo. Nella donazione la causa è ravvisata nell'*animus donandi*.

### Critiche

Anche la teoria soggettiva è stata sottoposta ad una serie di critiche:

- anzitutto la critica più comune è quella secondo cui la teoria soggettiva confonderebbe causa e motivi. I motivi, invece, sono irrilevanti, come dice espressamente il codice. ravvisando la causa nello scopo delle parti, quindi, si eleva il motivo a causa del contratto;
- parlare di scopo comune è una finzione; ogni contraente ha infatti un suo scopo preciso, che non può mai essere coincidente con quello dell'altro, e, anzi, spesso è opposto;
- se la causa della donazione è nell'*animus donandi* non si capisce perché tale *animus* non valga a configurare come donazione anche il comodato, il mutuo e il deposito gratuiti;
- lo scopo pratico tipico non è nient'altro che la teoria della funzione, riproposta in termini diversi.

### Controcritiche

Anche le critiche mosse alla teoria soggettiva sono tutte fuori luogo. Infatti:

- non confonde causa e motivi; lo scopo che viene chiamato causa, infatti è solo quello ultimo, e non tutti gli scopi che muovono i contraenti;
- nessun problema ad ammettere che la causa della donazione sia costituita dall'*animus donandi*. Il comodato gratuito, il deposito, il mutuo gratuito, differiscono dalla donazione per essere stati tipizzati dal legislatore; lo scopo ultimo di questi contratti, cioè, è stato già tipizzato dal legislatore. Ogni contratto gratuito che rientri negli schemi ora detti, quindi sarà per forza di cosa donazione;
- l'unica critica veramente fondata è quella secondo cui lo scopo delle parti tipizzato, o la funzione, sono concetti coincidenti. Se vogliamo questa non è neanche una critica, ma un'osservazione, e comunque inidonea a smontare l'impianto concettuale della teoria.

### Teoria della funzione economico individuale o dello scopo pratico

La causa è nello scopo pratico ovvero nella funzione economico-individuale del contratto. Gli autori che sostengono questa tesi ritengono che essa sia idonea a

superare gli inconvenienti sia della teoria soggettiva (che fa coincidere causa e motivi) sia della teoria oggettiva (che trascura lo scopo delle parti). Ogni negozio, infatti, ha, sì, una funzione, ma bisogna poi tener conto anche degli scopi pratici in vista del quale l'operazione è conclusa. Questa teoria, partendo da una errata comprensione della teoria della funzione e della teoria soggettiva, giunge agli stessi risultati sia teorici che pratici cui già erano giunti gli autori precedenti, senza nulla aggiungere e nulla togliere a quanto, negli anni 50, sostenevano Betti, Pugliatti, e gli altri sostenitori della teoria della funzione.

Invece teoria della funzione, soggettiva, dello scopo pratico e della funzione economico-individuale, sono identiche. E' solo il linguaggio con cui esse sono espresse che rende impossibile capirlo immediatamente.

La diffusione dei manuali di Gazzoni e Bianca in ambito universitario in questi ultimi decenni, e l'oblio in cui sono relegati i manuali più risalenti, di Betti, Pugliatti, Santoro Passarelli, ha fatto sì che l'errore (secondo cui la teoria della funzione economico individuale e dello scopo pratico sarebbero più moderne della teoria oggettiva e più aderenti ai concreti interessi dei contraenti) si diffondesse a macchia d'olio e venisse trasfuso anche nella giurisprudenza più recente.

Teoria pluralistica (Sacco, Gorla)

Diversa, invece, è la tesi di Sacco, che riprende l'analisi causale già fatta da Gorla, studioso eccellente, il quale, prima di ogni altro, aveva criticato aspramente la tendenza alla concettualizzazione dei giuristi italiani, i quali venivano accusati, con le loro astruse concettualizzazioni, di aver fatto del nostro diritto civile "una selva selvaggia". E in particolare questa tendenza si vede nelle analisi della causa, tutte incomprensibili.

Della causa non può darsi una definizione unitaria. Se è vero che essa è il perché del contratto, la sua ragione, o giustificazione giuridica, occorre allora un'indagine caso per caso. Dunque: Quando ci sono due prestazioni la causa c'è sempre, perché una delle due prestazioni è causa dell'altra. Il problema, invece, nasce quando c'è una prestazione isolata. Qui allora:

- l'atto riveste la forma della donazione, che è praticamente un modo per recuperare la validità di un atto che altrimenti sarebbe senza causa
- c'è una causa di garanzia; la fideiussione, infatti, che è il prototipo dei contratti di garanzia, è valida anche se manca una controprestazione;
- una causa solutionis; quando un atto è effettuato per adempiere un obbligo preesistente infatti il problema della causa non si pone e l'atto è valido comunque, anche se è unilaterale (v. amplius il problema del pagamento traslativo);

- c'è la consegna, nei contratti reali;
- c'è un vantaggio del promittente; ad esempio nelle cosiddette promesse reclamistiche (entrate nel mio negozio e vi regalerò l'oggetto X), il vantaggio di chi effettua la prestazione isolata è la pubblicità indiretta che ne ricava chi fa la promessa.

La meritevolezza dell'interesse

La meritevolezza dell'interesse come limite positivo all'autonomia contrattuale

Tesi

Il contratto deve essere funzionalizzato all'interesse sociale, cioè deve perseguire un interesse socialmente utile. Questa teoria vede nella meritevolezza dell'interesse un limite positivo, nel senso che serve di stimolo ai contraenti affinché stipulino contratti utili per la società, vietando i contratti stipulati per capriccio o futili.

Esempi di contratti non meritevoli sono: il patto con cui ci si impegna a non esercitare una certa attività economica o ad esercitarla in modo improduttivo, solo per capriccio della controparte (Relazione al Re); il patto con cui ci si impegna ad accudire il canarino favorito (Gorla).

Critica

L'idea che il contratto debba perseguire interessi socialmente utili non ha ingresso nel nostro ordinamento. Questa era un'idea che risale al Betti, e, chiaramente, al legislatore fascista. Ma attualmente non può essere accolta. In primo luogo se essa fosse vera allora sarebbero nulli tutti i contratti con cui taluno acquista un videogioco, le sigarette, ecc., acquisti che, per essere futili, dovrebbero essere immeritevoli di tutela e quindi nulli.

In secondo luogo la teoria va palesemente contro la realtà; perché se io mi impegno ad accudire il canarino dell'amico in cambio di 100 euro, costui non può poi rifiutarsi di pagare adducendo la nullità dell'accordo, né può ripetere la sua prestazione. Tuttavia per rinnegare questa teoria non c'è bisogno, come fa qualcuno, di sostenere l'abrogazione o l'inutilità dell'articolo 1322, perché, essendo una clausola generale, è sufficiente interpretare la norma in modo più conforme ai tempi.

La meritevolezza dell'interesse come limite negativo

Tesi

Secondo questa teoria la meritevolezza dell'interesse non è un limite positivo, ma negativo. Nel senso che i contraenti sono liberi di concludere qualsiasi contratto, a patto che non contrasti con le norme dell'ordinamento. Due sono i filoni dottrinali riconducibili a questo orientamento. Secondo un primo orientamento (Bianca, Lener)

i limiti sono desumibili dal complesso dell'intero ordinamento giuridico. Si dovrà quindi valutare un contratto alla luce di tutto l'ordinamento, dei principi di ordine pubblico e del buon costume e delle norme costituzionali. Secondo un altro orientamento i limiti posti ai contraenti sono solo quelli della liceità; il contratto, cioè, non deve essere contrario a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.

### Critica

Inteso in tal senso il giudizio di meritevolezza previsto dall'articolo 1322 è inutile, perché risulta essere un mero doppione dell'articolo 1343.

### La tesi dell'inutilità del giudizio di meritevolezza

Secondo Gazzoni il giudizio di meritevolezza è un giudizio inutile. Nessun giudice ha mai sancito la nullità di un contratto per immeritevolezza di tutela; dare al giudice il potere di effettuare un giudizio sulla meritevolezza degli interessi perseguiti coarta la libertà individuale piegandola ad interessi pubblici. Delle due una:

- il contratto è socialmente inutile, ma lecito, e allora nessun giudice lo porrà mai nel nulla;
- il contratto è dannoso, ma allora sarà nullo non perché immeritevole di tutela, bensì perché illecito ex articolo 1343.

Quindi, conclude l'autore con un'affermazione assolutamente incomprensibile, e cioè che il giudizio di meritevolezza nulla ha a che fare con la causa, ma opera a livello di tipo.

### Conclusioni sulla causa e sulla meritevolezza dell'interesse

A questo punto abbiamo raggiunto le seguenti conclusioni:

- le varie teorie sulla causa giungono tutte agli stessi risultati;
- coloro che sostengono che la meritevolezza dell'interesse sia un problema diverso dalla causa del contratto cercano di dimostrare l'indimostrabile, giungendo a conclusioni contraddittorie e per niente chiare;
- il fulcro della valutazione causale - sia per il contratto tipico che per quello atipico - sta nella meritevolezza dell'interesse;
- tale valutazione deve essere effettuata dal giudice, alla luce delle norme e dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico; in primo luogo le norme imperative, i principi di ordine pubblico e buon costume, i principi costituzionali e le direttive della comunità europea.

- Se la teoria della funzione è frutto - come dice Gazzoni nel suo manuale - di una angosciata e ossessiva esigenza di ordine, la tesi di coloro che negano rilevanza al giudizio di meritevolezza nasce da un'esigenza opposta, altrettanto angosciata e ossessiva: evitare di affermare chiaramente, a costo di negare l'evidenza, che il compito di stabilire se un contratto abbia una causa, e se tale causa sia lecita, spetta al giudice con una valutazione effettuata alla luce di tutte le norme dell'ordinamento.

## **La giurisprudenza**

**La giurisprudenza, per anni, ha seguito la teoria della funzione economico sociale. Attualmente però alcune sentenze, giudicando obsoleta la teoria oggettiva della funzione, hanno accolto le tesi di Gazzoni e Bianca, aderendo alla tesi della “funzione economico individuale”, senza avvedersi che essa è assolutamente identica a quella di Betti e Pugliatti e tutti gli aderenti alla teoria oggettiva. Una delle prima sentenze che ha accolto tale tesi, Cass. 10490/2006, si è occupata di un contratto di consulenza stipulato tra due parti, che era privo di una reale utilità pratica, essendo stipulato senza una reale volontà di eseguirlo, ma per meri fini fiscali. Il contratto stipulato tra due soggetti, ma privo di reale giustificazione pratica, è nullo, ha stabilito la Corte. La nullità non consegue alla impossibilità dell'oggetto, ma alla mancanza di causa. Infatti dal punto di vista dell'oggetto, è noto che l'impossibilità viene distinta in fisica e giuridica, ma in tal caso esso non è impossibile né in un senso né nell'altro: dal punto di vista materiale si tratta di un'attività possibile (la consulenza) e giuridicamente lecita. Il punto, secondo la Corte, è un altro, e cioè la mancanza di una reale volontà delle parti di eseguire il contratto lo rende privo di causa.**

Bisogna però intendersi sul significato di tale nozione.

Intesa nel comune significato di funzione economico-sociale, la causa del contratto in questione non può dirsi mancante, in quanto corrispondente ad uno dei tipi previsti dal legislatore, e precisamente al contratto d'opera previsto dall'articolo 2222. In altre parole, al contratto in esame non manca una funzione, né in senso economico né in senso sociale.

Ma la nozione di causa come funzione economico sociale corrisponde ad una nozione oggettiva di questo istituto che non è più accettata dalla “più recente dottrina”. Dopo una veloce rassegna delle principali teorie sul concetto di causa, la sentenza giunge a quello che è il nucleo del concetto attuale di causa che riportiamo per esteso: “è noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza (Cass. Sez. 1<sup>^</sup>, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. 1<sup>^</sup>, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; Sez. 2<sup>^</sup>, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia), si discorre da tempo di una fattispecie

causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga infine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale".

I giudici della Cassazione in sostanza giungono ad affermare che la tesi oggettiva della funzione economica sociale non è più al passo coi tempi, dovendosi pervenire ad un concetto più moderno che tenga conto anche degli interessi concreti delle parti; la teoria della funzione economico sociale, sostenendo che un contratto ha una sua causa sol perché ha una funzione economica, e sociale, dal punto di vista astratto, trascura i concreti interessi dei contraenti. Accogliendo la tesi oggettiva infatti si giunge addirittura ad affermare, ad esempio, che un contratto tipico non può mai avere causa illecita, essendo presente una causa in senso astratto.

In tal senso la causa può quindi essere intesa, in senso più moderno, come la sintesi degli interessi reali che il contratto è diretto a perseguire. Sintesi, precisa la Corte, della dinamica contrattuale, e non della volontà delle parti.

Da questo punto di vista manca la causa del contratto, in quanto il contratto stipulato tra Tizio e la società Alfa è privo di un interesse concreto delle parti. Manca cioè la funzione concreta (non quella economica o sociale) della pattuizione. Tale tesi è stata ripresa più volte dalla giurisprudenza successiva (ad. es. Cass. 8100/2013) ed è ormai ripetuta dalla maggior parte dei commentatori, sì che ormai questa impostazione, benché errata, deve darsi per acquisita.

L'oggetto invece è rappresentato dalla cosa o il diritto che il contratto trasferisce da una parte all'altra, oppure dalla prestazione che una parte si obbliga ad eseguire a favore dell'altra. L'oggetto deve essere possibile, lecito cioè non contrario a norme di legge, all'ordine pubblico e al buon costume, determinato cioè indicato dalle parti nella qualità e nella quantità, determinabile cioè quando i criteri di individuazione della qualità e quantità sono enunciati nel contratto stesso o possono essere ricavati;

### L'oggetto come prestazione

In effetti anche se la nozione di oggetto richiama quella di cosa, non può essere questa l'accezione in cui la legge lo intende. Specie all'articolo 1346, infatti, appare chiaro che è non alla cosa materiale che si allude, nel momento in cui si riferisce ad essa l'aggettivo possibile, lecito e determinabile. Ogni bene, infatti, in se stesso non può mai essere lecito o no, ma è sempre neutro. Lecito o illecito può essere solo l'atto del soggetto, o il regolamento contrattuale considerato nel suo complesso. La cosa inoltre, è solo un termine di riferimento esterno del contratto, per giunta preesistente al contratto, e quindi non può essere considerata come elemento del contratto. Per oggetto del contratto si intendono allora le prestazioni e, quindi, qualunque cosa le parti siano tenute a fare a non fare o a dare. All'obiezione che viene rivolta a tale nozione, cioè che essa non comprende i contratti traslativi di diritti reali (perché una vera e propria prestazione non è ravvisabile, se non nel pagamento del prezzo, mentre il trasferimento del diritto può considerarsi solo un effetto), si replica che col termine prestazione deve intendersi qualunque modificazione della situazione materiale o giuridica che scaturisce dal contratto. Tale teoria distingue poi un oggetto mediato da un oggetto immediato.

L'oggetto immediato del contratto è la prestazione, perché è questo l'effetto immediato che scaturisce dal contratto; l'oggetto mediato, invece, è il bene. Questa distinzione appare chiara leggendo l'articolo 1348, dove si distingue tra la prestazione e il bene (che è la cosa futura). A tale teoria si è replicato che il codice espressamente indica la prestazione come l'oggetto dell'obbligazione, e non del contratto (articolo 1174).

### L'oggetto come contenuto

Qualcuno ha obiettato che la nozione di oggetto del contratto come prestazione non è idonea a descrivere quella dell'oggetto del negozio. Ad esempio non si può riferire la prestazione ai negozi di diritto familiare. Tra l'altro il codice non sembra riferirsi neanche alla prestazione nel momento in cui indica, tra i requisiti, quello della "liceità"; la liceità infatti non solo non può essere riferita ad un bene, ma neanche alla prestazione, che, in astratto sarà sempre lecita, ma solo ad un programma negoziale, cioè al contenuto del contratto inteso come l'insieme delle diverse pattuizioni. Ad esempio nella vendita di droga l'illiceità non dipende dalla illiceità della prestazione in se stessa (potrebbe essere lecito, ad esempio, che un laboratorio statale acquisti dell'eroina per effettuare delle analisi) ma dall'insieme delle pattuizioni, risultando illecita solo la vendita di droga effettuata per arricchirsi e per consumo personale. Per superare tale difficoltà e individuare una nozione che sia idonea a essere utilizzata anche con riferimento al negozio giuridico si è proposto di utilizzare il termine

contenuto; termine con cui si intende tutto il regolamento contrattuale predisposto dalle parti, compresi gli effetti che da esso scaturiscono.

Contro questa teoria si è obiettato:

a) che opera una confusione concettuale tra due termini (oggetto e contenuto) assolutamente diversi, come è dimostrato dal fatto che, se il contenuto fosse l'insieme delle pattuizioni delle parti, non potrebbe poi essere ammessa una disciplina diversa per la condizione impossibile (che farebbe necessariamente parte del contenuto), rispetto all'oggetto impossibile; l'oggetto impossibile rende nullo il contratto, la condizione impossibile invece, se risolutiva, si ha per non apposta.

b) che confonde oggetto e causa del contratto. Se il contenuto è dato da tutto il regolamento contrattuale, effetti compresi, non si riesce a distinguere più tra causa e oggetto; ad esempio nella vendita la causa è data dallo scambio di cosa contro prezzo; ma tale scambio, oltre ad essere la causa, è anche il contenuto del contratto;

c) che conduce implicitamente ad un rifiuto della nozione; in effetti se noi parliamo di contenuto, o di regolamento contrattuale, non alludiamo più ad un semplice elemento, ma finiamo per fare riferimento a tutto il contratto in se.

Ma anche la teoria dell'oggetto come contenuto non è idonea ad essere applicata ad ogni ipotesi in cui il codice utilizza il termine oggetto. Ad esempio nell'articolo 1348 dove si parla di cose future certo non si fa riferimento al contenuto, ma ad un bene della vita. Le difficoltà teoriche incontrate nella ricostruzione del concetto di oggetto del contratto, in realtà vanno riferite unicamente ad un fattore, e cioè al fatto che nel codice sono accolte tutte le nozioni che finora abbiamo elencato. Il legislatore, cioè, non si è preoccupato di accogliere una nozione precisa dell'istituto e ha lasciato campo libero all'interprete, sì che le preoccupazioni definitorie in questo campo sembrano fuori luogo e, soprattutto, non hanno poi conseguenze pratiche di rilievo.

Si riferisce all'oggetto come bene l'articolo 1348 nel momento in cui dice che possono essere dedotte in contratto "cose future.

Si riferisce all'oggetto come contenuto l'articolo 1246, quando dice che deve essere lecito.

Si riferisce all'oggetto inteso come prestazione l'articolo 1429, che tratta dell'annullabilità per errore sull'oggetto del contratto.

Si riferisce invece espressamente al contenuto, usando proprio questa espressione, l'articolo 1322.

Deve quindi ritenersi - come la dottrina prevalente ammette - che tutte le nozioni di oggetto siano valide e che ogniqualvolta si usa questo termine occorre prima stabilire in anticipo a cosa ci si riferisce.

### Oggetto e causa

L'oggetto del contratto, specie se inteso secondo la definizione di Scognamiglio, si confonde spesso con la nozione di causa, perlomeno con quella concezione di causa che è propria della teoria oggettiva. Difatti se la causa è riassumibile nella sintesi degli effetti essenziali del negozio, difficilmente poi può distinguersi la causa dall'oggetto. Ad esempio nella vendita gli effetti del contratto sono lo scambio della cosa contro il prezzo; tale scambio, però, è anche l'oggetto (immediato) del contratto, o, se si preferisce, il suo contenuto. Questa confusione si ritrova anche in giurisprudenza. Quando si dice che la vendita di droga ha causa illecita, in realtà si confonde l'oggetto (la droga) con la causa. Quando si ripete costantemente (in dottrina e giurisprudenza) che la vendita di cosa propria è senza causa, in realtà si afferma a nostro parere una cosa inesatta; qui la causa esiste, ma il contratto è nullo per impossibilità giuridica dell'oggetto. Questa confusione non esiste se si accoglie la teoria secondo cui la causa è la ragione giuridica del contratto. Tenendo presente la nozione di oggetto mediato e immediato, ad esempio, nella vendita di droga sarà illecito l'oggetto mediato, non la causa; nella vendita di prestazioni sessuali è illecito non l'oggetto mediato, ma quello immediato (cioè l'insieme delle prestazioni). E' chiaro, poi, che se è illecito l'oggetto immediato sarà senz'altro illecita anche la causa, perché, essendo questa un giudizio dell'ordinamento sulla liceità e l'ammissibilità dell'operazione contrattuale, non potrebbe essere illecito l'oggetto immediato ma lecita la causa.

### I requisiti

L'articolo 1346 dispone che l'oggetto debba essere:

- a) lecito,
- b) possibile,
- c) determinato o determinabile.

## **12. La possibilità**

### 1. L'impossibilità giuridica

Si ha quando l'oggetto del contratto non può essere dedotto in contatto per disposizione di legge. Si fa l'esempio di una compravendita di edificio abusivo, o di un bene demaniale. Questa nozione si confonde parzialmente con quella dell' illiceità per contrarietà a norma imperativa. Il che è ovvio, perché è illecito tutto ciò che

l'ordinamento vieta di inserire nel regolamento contrattuale. Negli esempi, infatti, taluno ravvisa un caso di illiceità per contrarietà a norma imperativa.

## 2.L'impossibilità materiale

L'impossibilità materiale invece, è l'assoluta inidoneità del bene a diventare oggetto del contratto. Si fa l'esempio della vendita di una nave affondata, o dell'assicurazione di una persona già morta. Ovviamente la valutazione dell'impossibilità va effettuata con un criterio di ragionevolezza; se la nave dell'esempio può essere recuperata dal fondo del mare la vendita resta ugualmente nulla perché le difficoltà ed il costo del recupero sarebbero tali da non poter essere imposti al venditore senza snaturare il contratto di vendita.

A tale proposito occorre distinguere:

- se si tratta di un fare fungibile, l'impossibilità ricorre quando si tratta di una prestazione che nessuno potrebbe astrattamente realizzare;
- se invece si tratta di una prestazione di fare infungibile l'impossibilità può essere anche relativa, cioè riguardare solo il contraente che deve eseguire la prestazione.

Taluno ha notato che spesso, quando la prestazione è impossibile, tale impossibilità non è nota alle parti che, quindi, versano in errore. Tuttavia il profilo della nullità per impossibilità dell'oggetto assorbe quello dell'annullamento per errore.

Se invece una delle due parti sa che l'oggetto era impossibile, allora si ricade nella fattispecie dell'art. 1338. La possibilità dell'oggetto è una caratteristica che deve essere presente al momento della stipula. L'articolo 1347 costituisce una deroga a tale principio, stabilendo che "il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine è valido, se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine". Si tratta di un'applicazione del principio di conservazione del contratto.

## Lecito

L'oggetto è illecito quando è contrario al buon costume all'ordine pubblico o a una norma imperativa. Su questo argomento torneremo poi.

## Determinato

L'oggetto è determinato quando può calcolarsi la quantità e la qualità di esso. Se si vendono cose di genere l'articolo 1178 stabilisce che le parti possono evitare di predeterminarne la quantità purché siano prestate cose di qualità non inferiore alla media. L'oggetto è invece determinabile quando la sua individuazione può essere fatta

senza una nuova determinazione negoziale, ma con riferimento a fatti, circostanze e persone sottratte alla disponibilità del dichiarante; quindi quando le parti determinano il contenuto del contratto rimandando ad una fonte esterna (un arbitro, un listino prezzi, un successivo accordo tra di loro, ecc.). L'indeterminabilità si ha quando dall'insieme delle dichiarazioni non si riesce ad individuare il contenuto del rapporto, o un elemento fondamentale di esso. Occorre, ovviamente, che il rapporto contrattuale non possa essere ricavato né dalle dichiarazioni delle parti né dalle fonti di integrazione del contratto (legge, usi, equità). Il concetto di indeterminabilità è stato criticato da qualche autore (Roppo) perché la sua definizione sarebbe troppo difficile e sfuggente, e potrebbe quindi creare equivoci tali da farlo ritenere pericoloso. Tale concetto, cioè, potrebbe con troppa facilità piegarsi ad usi distorti, offrendo la possibilità a contraenti in mala fede di sciogliersi dai vincoli assunti. E difatti, anche se in rari casi si sono avute applicazioni distorte del principio.

La giurisprudenza ha considerato indeterminabile:

- la vendita di una parte di terreno, da determinarsi in un momento successivo alla stipula. La soluzione non è accettabile; la stessa legge contempla l'ipotesi in cui la scelta dell'obbligazione sia rimessa al debitore o al creditore (nelle obbligazioni alternative, per giunta disponendo che se le parti nulla stabiliscono in proposito la scelta è rimessa al debitore. Applicando la soluzione giurisprudenziale, a parte il fatto che si fa piazza pulita di tutta la disciplina delle obbligazioni alternative, si dovrebbe considerare nullo, ad esempio, il contratto con cui io pago una pasta alla cassa del bar, senza avere predeterminato quale sceglierò;
- la vendita di due terreni appartenenti a due venditori diversi, per un prezzo complessivo, perché l'indicazione globale della somma escluderebbe la determinabilità dei singoli prezzi relativi ai due diversi immobili;
- la vendita di un corso di inglese in cui non è determinata né la durata né le modalità;
- il contratto di vendita di una certa estensione di terreno (di cui era predeterminata l'ampiezza) da distaccarsi a libera scelta del compratore da un più vasto apprezzamento;
- il preliminare di società senza determinazione del tipo.

Un caso di uso troppo disinvolto del concetto, ad esempio, è stato effettuato dal Tribunale di Verona del 1972, che ha giudicato nullo per indeterminatezza dell'oggetto il contratto di vendita di un terreno privo di denominazione, ma dalle parti conosciuto, come risultava dalle missive che si scambiavano, in cui si parlava del fondo a loro "ben noto". In realtà all'oggetto in questione pare più appropriata la qualifica di indeterminabilità.

### **13. I contratti per relationem**

#### Nozione

IL contratto per relationem è quello il cui contenuto non è autosufficiente, nel senso che, per essere compreso, ha bisogno di un riferimento esterno cui le parti espressamente rimandano. E' quindi un contratto a contenuto indeterminabile. Le parti possono fare riferimento ad atti, giuridici o non, a fatti, a contratti, o a qualsiasi altra fonte.

Parte della dottrina distingue tra relatio formale e relatio sostanziale.

#### Relatio formale e relatio sostanziale

La relatio formale si ha quando le parti hanno già conoscenza dell'oggetto del contratto; quindi quando dalle dichiarazioni (o dall'accordo) non è possibile desumere il contenuto del contratto, dovendosi avere riguardo ad una fonte esterna, ma tuttavia le parti conoscono il contenuto dell'accordo; ad es. ti vendo tutta la frutta del mio campo; ti vendo questo oggetto al prezzo di listino. La relatio formale ricorre anche quando le parti fanno riferimento ad una planimetria esterna.

La relatio sostanziale si ha quando il referente è un elemento esterno al contratto che potrebbe anche essere ignorato. Ad es.: stipulo con te lo stesso contratto che ho stipulato con Caio. Un altro esempio è dato dalla fideiussione omnibus, in cui il fideiussore non conosce in anticipo l'entità della somma per cui sarà obbligato. Più sinteticamente taluno preferisce dire che la relatio formale riguarda la forma, quella sostanziale il contenuto.

Secondo alcuni autori la relatio sostanziale sarebbe inammissibile e il relativo contratto sarebbe nullo, perché la volontà delle parti sarebbe incompleta.

Sembra preferibile, però, ritenere che la relatio sostanziale sia ammissibile, purché il contenuto del contratto sia determinabile, secondo al regola generale. Il codice infatti non proibisce di stipulare un contratto il cui oggetto sia determinato secondo il criterio della relatio sostanziale, ma unicamente quello il cui contenuto sia indeterminabile. Il reale problema, quindi, è solo quello di verificare se a seguito della relatio sostanziale l'oggetto del contratto risulti determinabile o meno.

Senz'altro è relatio sostanziale l'ipotesi in cui le parti non fissano tutti i punti essenziali del contratto, riservandone alcuni per un momento successivo. In tal caso, seguendo le regole generali, qualora le parti non raggiungano l'accordo sull'elemento mancante il contratto dovrebbe essere, almeno in teoria, nullo. Invece la giurisprudenza, inspiegabilmente, sostiene che in tal caso la determinazione possa essere fatta dal

giudice, perlomeno in quei casi in cui esse avevano intenzione di riferirsi non al loro mero arbitrio ma ad un equo apprezzamento.

Ammissibilità del contratto per relationem nei contratti a forma solenne

Sull'ammissibilità del contratto per relationem quando il contratto è a forma solenne non c'è concordia di vedute. Sostanzialmente possono individuarsi questi orientamenti.

C'è chi considera inammissibile ogni forma di relatio (Santoro-Passarelli, Betti), sul presupposto che quando la legge richiede una certa forma questa deve essere rivestita da tutto il negozio nel suo complesso. Secondo Bianca la relatio è ammessa, ma non quando la fonte esterna cui i contraenti rimandano è un documento non sottoscritto dalle parti.

Ma i dubbi sull'ammissibilità di questa figura non dovrebbero sussistere, se si ha presente quanto abbiamo detto a proposito della differenza tra manifestazione espressa e forma scritta. Se la legge richiede la forma scritta, o anche solenne, per la manifestazione di volontà, tale onere formale è assolto quando in tale forma è consacrata la sola manifestazione di volontà, cioè l'intento di contrarre. Non importa, poi, che il contenuto di tale manifestazione debba essere integrato con fonti esterne.

Per forma del contratto si intende la modalità esteriore con cui si manifesta l'accordo delle parti.

L'articolo 1325 indica i requisiti del contratto, o elementi essenziali: "I requisiti del contratto sono:

- 1) l'accordo delle parti;
- 2) la causa;
- 3) l'oggetto;
- 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità."

La dottrina è in genere concorde nel ritenere che la norma sia da una parte superflua, dall'altra incompleta e inesatta.

E' superflua perché l'elenco dei requisiti essenziali dovrebbe servire a dire all'interprete cosa sia un contratto, ma a ciò già provvede l'articolo 1321, sì che taluno ravvisa una sovrapposizione di norme e una contraddizione tra le definizioni che possono ricavarsi dalla lettura di entrambe. E' incompleta perché non menziona i soggetti. E' inesatta perché nessuno dei requisiti in esame è realmente essenziale per l'esistenza del contratto.

Non l'accordo, perché moltissimi sono i casi in cui il contratto si forma senza un accordo in senso tecnico: i contratti per adesione, i contratti con obbligazioni a carico del solo proponente, i contratti che si perfezionano con l'inizio dell'esecuzione. Non la causa, perché il nostro codice conosce l'esistenza dei negozi astratti e perché taluno dubita pure che la causa sia un elemento autonomo del contratto. Non l'oggetto inteso come prestazione, a meno che non si intenda questo termine come equivalente di contenuto; nel qual caso, però, si tratta di un requisito assolutamente superfluo, perché nessuno dubiterebbe mai che possano esistere contratti senza contenuto. Non la forma, perché molti contratti non esigono una forma particolare ad substantiam.

Di conseguenza si ritiene che, più che una enunciazione di nozioni fondamentali, la norma contenga null'altro che un indice-sommario degli articoli che seguono. Infine, c'è da dire che l'elencazione dell'articolo 1325 è inesatta anche per un altro ordine di motivi. Tutti i requisiti elencati, infatti, non sono elementi essenziali del contratto, cioè interni ad esso, perché l'accordo è l'essenza stessa del fenomeno contrattuale, mentre la causa e l'oggetto sono elementi esterni. Solo la forma può dirsi effettivamente che sia elemento essenziale del contratto.

#### **14. La forma**

L'unico dei quattro requisiti del contratto elencati dall'articolo 1325 che effettivamente può considerarsi un elemento del contratto è quello della forma. Un contratto non può infatti esistere e vincolare le parti se non è esternato in un modo qualsiasi, che sia verbale, scritto o tacito. La forma è quindi la veste esteriore della manifestazione di volontà, che, in qualche modo, si immedesima con essa, e senza di cui il negozio non sarebbe conoscibile da altri. E' -come è stata definita - il veicolo mediante il quale la volontà è manifestata all'esterno, o, come preferiscono altri, la figura esteriore mediante il quale l'atto viene percepito all'esterno. Da questo punto di vista l'espressione usata dal legislatore, secondo cui la forma è elemento essenziale del contratto solo quando risulta che è prescritta dalla legge a pena di nullità, è errata. La forma è infatti sempre essenziale per l'esistenza del negozio, perché un negozio che ne sia privo, (quand'anche fosse orale o tacita), è assolutamente inconcepibile. Sarebbe stato quindi più corretto dire che la forma scritta, o pubblica, è elemento essenziale del contratto quando è richiesto dalla legge a pena di nullità; e che in tutti gli altri casi, le parti sono libere di scegliere la modalità di esternazione che preferiscono.

Forma espressa e tacita. Forma scritta e orale

Abbiamo detto che tacita è la dichiarazione taciuta, e espressa è quella manifestata all'esterno. Questi due concetti non vanno confusi con quelli di forma scritta e forma orale. Scritta è la dichiarazione contenuta in un documento, cartaceo, informatico, su pietra, o su qualsiasi altro materiale indelebile che possa essere letto. Ne consegue che

quando la legge richiede la forma scritta, non richiede anche che questa debba essere esternata in modo espresso, e quando richiede la forma espressa, questa possa anche essere orale.

Ad esempio la fideiussione deve essere prestata esternando la volontà in modo espresso; ma ciò non significa che essa debba risultare da un documento scritto, potendo essere esternata anche verbalmente. Viceversa l'onere della forma scritta è assolto anche quando la dichiarazione consacrata nel documento non contiene una esplicita manifestazione di volontà, dovendosi questa desumersi da altri atti o fatti, in modo indiretto. Quindi può anche essere assolta da una dichiarazione tacita; ad esempio quando a seguito di una proposta scritta l'accettante invia una intimazione scritta ad eseguire il contratto. Quando la legge richiede che la manifestazione sia esternata in forma scritta e, contemporaneamente, sia anche espressa, lo dice in modo inequivocabile; ad esempio per la rinuncia all'ipoteca l'articolo 2879 dice che tale dichiarazione "deve essere espressa e deve risultare da atto scritto".

Contratti formali e contratti a forma libera

Si dicono formali, o solenni, quei contratti per cui la legge richiede un determinato requisito di forma. A forma libera gli altri. Autorevole dottrina ha chiamato i negozi formali a struttura forte, quelli a forma libera a struttura debole (Irti).

La prescrizione di un determinato onere formale risiede in più ordini di ragioni:

- 1) responsabilizzare le parti sulla dichiarazione che andranno a fare; non a caso il contratto che più di ogni altro richiede un onere formale è la donazione, perché è quello per cui le conseguenze sono più gravi (anche se sarebbe tutto da dimostrare che la donazione di un immobile di poco valore - che richiede l'atto pubblico - richieda una maggiore ponderazione rispetto all'assunzione di una garanzia fideiussoria per un debito di miliardi - per cui non è richiesta alcuna forma - ).
- 2) esigenze di certezza dell'atto, per cui è più semplice rendere edotti i terzi della vicenda, provarne il contenuto, ecc. Collegata a questa esigenza, quindi, c'è quella di semplificazione e prevenzione delle liti;
- 3) esigenze di pubblicità e opponibilità ai terzi; in determinati casi, infatti, pur essendo il contratto a forma libera, tuttavia la forma scritta è richiesta ai fini della trascrizione (come accade per la vendita di autoveicoli).

## **15. Atto pubblico e scrittura privata**

Generalità

Le due principali forme previste dall'ordinamento sono l'atto pubblico e la scrittura privata. Le parti però possono utilizzare, e volontariamente imporsi, anche altre forme: fax, telefono, apposizione dell'impronta digitale accanto alla firma, ecc.

Il testamento può essere redatto oltre che nelle forme dell'atto pubblico e della scrittura privata (per cui si usa l'espressione "olografo") anche nella forma del testamento segreto. La legge poi può imporre che la dichiarazione negoziale contenga determinate indicazioni; ad es. l'apposizione della denominazione cambiale, o assegno, sull'atto relativo; la menzione degli estremi della concessione edilizia (oggi permesso di costruire) negli atti di trasferimento di edifici (v. L. 47/1985, articolo 17 e 18; oggi artt. 46 T.U. Edilizia). Anche questi sono requisiti formali, che, però, risolvendosi in definitiva nell'imporre un certo contenuto, vengono denominati con la terminologia di forma-contenuto. La scrittura privata è il documento redatto e sottoscritto dalle parti. Non importa in quale modo il testo sia redatto, a mano o a macchina, purché sia sottoscritto.

L'atto pubblico è il documento redatto dal pubblico ufficiale (di solito il notaio) che attesta la volontà delle parti.

La scrittura privata può essere autenticata o meno; nel primo caso il notaio non riporta la volontà dei contraenti, ma si limita ad attestare che le parti hanno sottoscritto il documento in sua presenza. Anche se molti atti, in teoria, potrebbero essere redatti nella forma della scrittura privata non autenticata (come i trasferimenti immobiliari), in pratica ciò non avviene perché la legge richiede, per la trascrizione dell'atto, perlomeno l'autenticazione delle scritture; il che rende, di fatto, indispensabile la presenza del notaio.

## **16. Forma ad substantiam e forma ad probationem**

La forma può essere richiesta ad substantiam, nel qual caso senza di essa l'atto è nullo; oppure ad probationem, nel qual caso l'atto è valido anche se non riveste la forma prescritta, unica sanzione essendo l'impossibilità di provarlo in giudizio. Talvolta la legge non specifica se una determinata forma sia richiesta ad substantiam o ad probationem, nel qual caso si ritiene debba optarsi per la prima soluzione; se infatti la legge dice che, per le forme volontarie, deve presumersi che la forma sia richiesta per la validità dell'atto, a maggior ragione questa regola dovrà applicarsi alle forme legali.

Modalità di esternazione

a) Il requisito di forma è assolto anche quando il contratto risulta da più dichiarazioni distinte (ad esempio uno scambio di proposta e accettazione). Ciò vale tanto per la scrittura privata quanto per l'atto pubblico.

b) La manifestazione di volontà deve essere bilaterale, salvo il caso in cui la legge prescriva che una delle parti possa manifestare la sua volontà in altro modo (come nel contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, o nel negozio di attuazione); pertanto la dazione di un assegno in conto prezzo non costituisce accettazione scritta e il contratto non è perfezionato, anche se la proposta è stata effettuata nelle forme prescritte.

c) Si ammette che la produzione in giudizio del documento da parte del contraente non firmatario vale come sottoscrizione (purché ovviamente, non sia scaduta la possibilità di accettare, o l'altra parte non abbia revocato la proposta). Questa impostazione giurisprudenziale, che oramai può essere considerata pacifica, è stata criticata da una parte della dottrina; secondo Mirabelli, ad esempio, una dichiarazione del genere può tutt'al più avere valore confessorio dell'esistenza e del contenuto dell'atto ma certo non può supplire al difetto di forma scritta. Ma questa impostazione parte dal presupposto dell'incompatibilità tra dichiarazione tacita e forma scritta; in realtà, come abbiamo visto, quando la dichiarazione deve essere effettuata in forma scritta, questa può anche essere tacita, ed essere desunta implicitamente da un altro atto, purché, ovviamente, scritto.

c) Si afferma che il requisito di forma è assolto solo se nell'atto è esternata la volontà; non vale, invece, un atto dichiarativo, come una quietanza, o un negozio di accertamento.

e) E' dubbio se, nel caso in cui la legge imponga un determinato onere formale, in tale forma debbano essere poste tutte le clausole del contratto, comprese quelle secondarie ed accessorie, o solo quelle attinenti al contenuto minimo, cioè quelle relative agli elementi essenziali. La giurisprudenza è divisa. Secondo alcuni autori non sarebbe possibile che il contenuto di un negozio formale risulti da una fonte che non sia adottata nella forma prescritta.

Altri autori, invece, sostengono che le clausole non essenziali possono anche non rivestire la forma prescritta dalla legge, fermo restando, però, che per esse sarà impossibile darne la prova ai sensi dell'articolo 2722.

f) Il linguaggio usato deve essere comprensibile. Altrimenti deve ritenersi che l'accordo non sia stato esternato in forma adeguata.

Il principio della libertà delle forme

Tesi tradizionale

Il nostro ordinamento sarebbe imperniato, secondo quella che è l'affermazione più ricorrente nella manualistica tradizionale, sul principio della libertà delle forme, a differenza del diritto romano in cui il formalismo era la regola. L'onere formale

imposto dalla legge, in quanto limitativo dell'autonomia delle parti, deve considerarsi prescrizione eccezionale, e quindi inestendibile ai casi non previsti, incontrando il divieto dell'analogia sancito per le norme eccezionali. E secondo alcuni autori sarebbe vietato non solo il ricorso all'analogia, ma anche il ricorso all'interpretazione estensiva, che spesso costituisce un comodo scudo per eludere il divieto dell'articolo 14 delle preleggi.

Tale teoria pare trovare conferma nell'articolo 1325, il quale elencando i requisiti del contratto, indica anche la forma, ma solo quando essa risulta prescritta dalla legge a pena di nullità; la norma, insomma, viene interpretata nel senso che, se la legge non prescrive alcuna forma, le parti sono libere di scegliere in tal senso. Un'altra norma da cui si ricava questo principio è l'articolo 1350, il quale indica i vari atti che devono farsi per iscritto, al numero 13 aggiungendo all'elenco "gli altri atti specialmente indicati dalla legge". Qui l'avverbio specialmente indicherebbe che la prescrizione formale debba essere considerata eccezionale. Al principio della libertà delle forme si è trovato, tra l'altro, anche un aggancio costituzionale nell'articolo 41 che sancisce il principio di libertà dell'attività economica privata, ravvisando quindi in tutte le norme che impongono un determinato onere formale un limite a tale libertà (Prosperi). e affermando che le forme vincolate, per il loro esasperato tecnicismo, lungi dall'agevolare i soggetti più deboli, spesso li confondono e pregiudicano i loro interessi.

### Tesi negativa

Che nel nostro ordinamento viga il principio della libertà delle forme è tutt'altro che pacifico. Già dal punto di vista meramente filosofico l'idea che l'onere formale comprima la libertà dei contraenti, si basa su di un'idea che, come abbiamo visto altrove, è decisamente troppo utopistica; perché presuppone che la legge sia un limite all'autonomia delle parti, e che l'autonomia sarebbe sconfinata se non fosse compressa dai limiti posti dal legislatore; inoltre essa non è aderente alla pratica, dove spesso la forma tutela il contraente debole rispetto alle sorprese e agli abusi del più forte, o il contraente adempiente rispetto a quello inadempiente. Insomma, come è stato giustamente rilevato, il formalismo può essere ispirato a ragioni di garanzia e alla promozione di interessi e valori diversi, ma non per questo meno importanti, dalla generica libertà (Perlingieri). Ma anche dal punto di vista teorico e giuridico il principio di libertà delle forme può essere contestato. In primo luogo si è detto che, per poter affermare che le norme sulla forma siano eccezionali, occorrerebbe rinvenire nel nostro ordinamento una norma regolare che escluda il requisito della forma; ciò che invece non avviene, non essendo possibile rinvenire questa norma nell'articolo 1325 (Irti). L'articolo 1325, infatti, non dice che la forma è un requisito del contratto quando è prescritta dalla legge, bensì "quando risulta prescritta dalla legge".

L'espressione risulta sembra riferirsi a un risultato interpretativo, non ad un'esplicita prescrizione normativa. E' l'interprete, quindi che deve stabilire se un determinato negozio deve rivestire una forma determinata o meno. Né potrebbe ricavarsi dall'articolo 1350, perché l'avverbio specialmente (a parte il fatto che "speciale" non è sinonimo di "eccezionale") va inteso nel senso che, oltre ai numeri dall'1 al 12, che indicano categorie generali di atti, devono farsi per iscritto anche tutti gli altri atti indicati dalla legge non per categorie, ma per specie.

Che le norme sulla forma non siano di ordine pubblico, e quindi inderogabili, lo dimostra inoltre il fatto che, mentre non è possibile che gli atti di uno stato estero possano avere effetto in Italia se sono contrari all'ordine pubblico (articolo 31 delle preleggi), è possibile che la forma dell'atto sia diversa da quella prevista dalla legge italiana (articolo 26); in altre parole, le norme sulla forma non sono norme di ordine pubblico.

In conclusione, sembra di poter affermare che il tanto declamato principio di libertà delle forme ad un'analisi più approfondita non abbia ingresso nel nostro ordinamento; la prescrizione di un dato requisito formale, invece, deve essere effettuata dall'interprete sulla base della ratio della norma, degli effetti del negozio e ricorrendo anche all'analogia.

Tra l'altro, anche gli autori e la giurisprudenza che in linea teorica aderiscono al principio della libertà delle forme, alla fine giungono a estrapolare una serie di oneri formali per fattispecie per le quali il legislatore avrebbe lasciato alle parti libertà di scelta; questo vale per la convalida, prescritta dall'articolo 1444 e per cui la legge non prescrive alcuna forma determinata; per il mandato senza rappresentanza a vendere o ad acquistare immobili; per il contratto misto in cui uno dei contratti di cui il negozio si compone è un contratto per cui la legge richiede la forma scritta; per i negozi risolutivi, ecc. In dottrina ad esempio, Mirabelli, dopo aver affermato che il nostro ordinamento è improntato al principio della libertà delle forme, elenca ben tredici casi in cui la forma non è espressamente stabilita dalla legge, ma la si "deduce" dal contenuto delle norme stesse.

Il principio della libertà delle forme sembra quindi vigente solo a parole, mentre nei fatti è disatteso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che, alla fine, giungono agli stessi risultati operativi degli autori che negano il detto principio.

La forma dei negozi risolutivi

Il problema

E' problema discusso e – almeno sembra - insolubile, quello della forma del cosiddetto negozio risolutorio, cioè del negozio con cui si pone nel nulla un precedente contratto, per il quale la legge richiede la forma solenne. Il problema si è posto soprattutto nel campo della contrattazione immobiliare, quando le parti intendono, ad esempio, risolvere un precedente contratto preliminare di vendita immobiliare.

#### La tesi negativa

A favore della tesi negativa - talvolta seguita anche dalla giurisprudenza della cassazione (Cass. 3816/1988 e 7551/1986) - si porta il cosiddetto principio della libertà delle forme. Il negozio risolutorio, tra l'altro, non trasferisce diritto immobiliari, e quindi necessariamente non è soggetto all'onere formale cui sono assoggettati tutti i negozi che hanno ad oggetto il trasferimento di diritti reali.

Ma questa tesi presuppone operante il principio della libertà delle forme, sul quale, invece, possono nutrirsi seri dubbi. Tra l'altro anche a voler aderire al principio di libertà delle forme, si può giungere ugualmente a richiedere al contratto risolutorio la stessa forma del negozio di primo grado mediante la tecnica dell'interpretazione estensiva, anziché analogica.

#### La tesi positiva

A favore della tesi positiva, secondo cui l'atto risolutorio dovrebbe rivestire la stessa forma del negozio che si vorrebbe risolvere invece, giocano diversi argomenti. Anzitutto esigenze di certezza, nel senso che risulta molto difficile provare che una dichiarazione a struttura forte è stata risolta da una dichiarazione a struttura debole, per cui sussistono maggiori difficoltà di prova. Inoltre si è detto che il negozio in questione realizza la stessa vicenda del contratto risolto, e quindi dovrebbe essere corretto assoggettarla allo stesso onere di forma, dal momento che ha gli stessi effetti del negozio di primo grado, sia pure in senso inverso. Altri autori sostengono la necessità della forma scritta attraverso l'elaborazione del principio di simmetria dei negozi accessori; tale principio, in virtù del quale il principio della libertà delle forme sarebbe derogato per tutti quegli atti che vanno ad incidere su un negozio formale, si ricaverebbe dal sistema, e precisamente dagli articoli 1351 (forma del contratto preliminare), 1392 (forma della procura), 1403 (forma della dichiarazione di nomina nel contratto per persona da nominare).

Secondo Galgano, invece, alla necessità della forma scritta può giungersi estrapolando dal codice un principio, secondo cui sono soggetti alla forma scritta non solo tutti gli atti che trasferiscono un bene immobile, ma anche quelli che assolvono ad una funzione strumentale relativamente a vicende immobiliari; ciò lo si deduce in particolare dal numero 12 dell'articolo 1350, ove la forma scritta è prevista per le transazioni che hanno ad oggetto diritti immobiliari.

Le forme convenzionali

Generalità e problemi posti dalla norma

L'istituto delle forme convenzionali non era previsto dal codice del 1865. Tuttavia nella pratica le parti stipulavano spesso dei patti con cui si prevedeva che i contratti intercorrenti tra loro dovevano rivestire una forma determinata. Nonostante patti di questo tipo fossero molto frequenti il problema della loro efficacia e della loro struttura dava non poco filo da torcere agli interpreti, i quali si dividevano tra coloro che ne sostenevano la validità e la vincolatività e coloro che ne sostenevano l'inammissibilità e quindi la nullità.

Il codice del 1942 ha tentato di ovviare a questi problemi con l'articolo 1352, che ha codificato il cosiddetto patto sulla forma: Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo. La norma, apparentemente chiara e risolutiva, ha in realtà lasciato aperti gli stessi identici problemi che esistevano sotto il codice abrogato. La norma infatti non dice:

- a) se la presunzione in questione sia da considerarsi *iuris tantum* o *iuris et de iure*;
- b) che succede se le parti adottano di comune accordo una forma diversa rispetto a quella pattuita; stando alla lettera della legge lo dovremmo considerare invalido, ma è anche vero che se le parti, di comune accordo, hanno voluto derogare al patto sulla forma da loro stipulato, forse avevano intenzione di risolvere il patto in questione e allora la sanzione dell'invalidità sembra decisamente fuori luogo;
- c) cosa significhi il termine invalidità (spaziando le teorie degli autori dalla nullità all'annullabilità, dall'inefficacia all'inesistenza, fino ad arrivare ad interpretazioni praticamente abroganti della norma, secondo cui anche solo la stipula di un contratto in forma diversa rispetto a quella convenuta costituisce risoluzione tacita del patto precedente).

### **17. Nozione di patto sulla forma e natura giuridica**

Il patto sulla forma è quello con cui le parti convengono di adottare per uno o più atti una forma determinata; ad esempio Tizio e Caio convengono che tutti i contatti tra di loro stipulati dovranno essere proposti e accettati via fax (o per iscritto, o per atto pubblico, ecc.). Costituisce patto sulla forma l'impegno ad adottare qualsiasi modalità nell'esternazione; quindi anche l'impegno a sottoscrivere bilateralmente il contratto, o l'impegno a stipulare il patto sempre in presenza di testimoni, o ad adottare una determinata lingua straniera. Il patto può essere autonomo, oppure costituire la clausola accessoria di un altro contratto. Ad esempio in un contratto preliminare le parti possono convenire che il definitivo sarà senz'altro stipulato per atto pubblico e

con quattro testimoni. Il patto sulla forma rientra, secondo l'opinione prevalente, nella categoria dei contratti normativi, cioè di quei contratti con cui i contraenti pongono a stessi delle regole da seguire nei loro rapporti futuri. Mentre non sembra da accogliere la tesi secondo cui si tratterebbe di un contratto preliminare, in quanto i contraenti non assumono alcun impegno di contrarre, ma solo l'impegno a contrarre in una determinata forma, il che è ben diverso. E' discusso se la norma si applichi anche agli atti unilaterali, in virtù del rimando che l'articolo 1324 opera alle norme sui contratti. Alcuni autori sostengono la tesi positiva ed è stato fatto l'esempio di Tizio, che propone ai sensi dell'articolo 1987 di pagare una certa somma a chi gli presenta il disegno più originale, imponendo di inviare il lavoro su dischetto. Gazzoni fa l'esempio del contratto di lavoro con cui si conviene che il recesso potrà essere esercitato solo per raccomandata.

Sembra però più convincente la tesi negativa (Mirabelli). Gli esempi sopra, infatti, non sono negozi unilaterali con cui un soggetto si vincola ad una forma determinata; nel primo caso colui che fa la promessa impone al soggetto promissario un determinato onere formale, ma in ciò non si deroga alla disciplina ordinaria della promessa al pubblico; se invece Tizio e Caio convengono che il recesso debba rivestire una certa forma siamo sempre nel campo dell'accordo bilaterale; il problema dell'estensibilità agli atti unilaterali dell'articolo 1351 è invece diverso, nel senso che ci si domanda se un soggetto possa impegnarsi unilateralmente verso un altro ad assumere impegni solo in una determinata forma. La risposta negativa sembra preferibile, non tanto in virtù del principio della tipicità della promessa unilaterale (di cui altrove abbiamo dimostrato l'infondatezza) o della presunta mancanza di causa di una promessa del genere (attesa la genericità del concetto di causa) quanto per il fatto che una promessa del genere sarebbe priva di effetti, perché il promittente potrebbe revocare tale promessa con assoluta libertà; ed è questo che impedisce di considerare obbligatoria una promessa del genere.

#### Natura giuridica della presunzione di validità

In primo luogo occorre domandarsi se la legge abbia voluto porre una presunzione *iuris tantum* o *iuris et de iure*. In quest'ultimo caso alla violazione del patto conseguirebbe senz'altro la sanzione della nullità; nel primo caso, invece, sarà necessaria un'indagine caso per caso onde accertare se, stipulando il patto in forma diversa, le parti non avessero magari avuto l'intenzione di abrogare il precedente patto sulla forma.

La questione è intimamente connessa con un'altra, quella della sorte del contratto concluso violando la forma convenzionale pattuita dalle parti.

Qualcuno ha sostenuto che la norma sarebbe valida solo in caso di violazione unilaterale del patto, perché, quando la violazione fosse bilaterale, vorrebbe dire in qualunque caso che le parti hanno voluto revocare il precedente patto sulla forma.

Insostenibile ci pare la tesi secondo cui la violazione (bilaterale) del patto sulla forma comporta l'inesistenza del patto per la totale irrilevanza del consenso. La tesi si basa sull'assunto che la sanzione in esame non potrebbe essere la nullità, in quanto non è ravvisabile alcun contrasto con i principi fondamentali dell'ordinamento né manca alcun elemento essenziale. Ma l'inesistenza non è una sanzione legale; si tratta infatti di un fenomeno che ricorre quando l'atto manca del tutto di qualsiasi requisito minimo perché possa individuarsi un contratto; e certo non potrebbe dirsi inesistente un contratto, che ad esempio, fosse stipulato in forma scritta solo perché le parti avevano stabilito che dovesse essere redatto in forma pubblica. Tra l'altro la legge dispone espressamente che la mancanza del consenso comporti la nullità del contratto, mentre l'articolo 1352 fa riferimento alla invalidità (dice infatti "si presume che sia stata voluta per la validità di questo"); e dunque non si capisce come si possa trarne una conseguenza grave come l'inesistenza (Messineo). Secondo altri si tratterebbe di una invalidità particolare; una specie di nullità relativa, cui la parte interessata può rinunciare, dando esecuzione al contratto, oppure farla valere. Secondo la dottrina prevalente il patto sarebbe nullo e tale nullità sarebbe la conseguenza della violazione di una forma prescritta dalla legge ad substantiam. A tale tesi si sono fatte varie repliche; si è detto che la nullità sarebbe disposta sempre a tutela di interessi generali, e non si adatta quindi alla tutela di un interesse particolare, come deve considerarsi la necessità dell'onere formale voluto dalle parti. Inoltre si è detto che la nullità può essere rilevata d'ufficio e fatta valere da chiunque vi abbia interesse; mentre la violazione di un patto sulla forma non potrebbe mai essere rilevata d'ufficio dal giudice (che non sarebbe in grado di conoscerla) né potrebbe trovarsi qualcun altro, oltre alle parti, che abbiano interesse a rilevare il vizio di forma. La teoria prevalente è comunque quella della nullità, mentre le critiche ad essa sono tutt'altro che convincenti. Quanto alla materiale irrilevabilità della violazione da parte del giudice, questo non è certo un ostacolo serio ad ammettere la nullità, perché quando esiste una regola essa deve essere osservata indipendentemente dalla sua effettiva utilizzabilità. Quanto al fatto che la nullità è sempre posta a tutela di interessi generali questo è senz'altro falso, dato che le leggi speciali conoscono molteplici ipotesi di nullità che dipendono da motivi che sarebbe arduo definire di interesse generale. E sarebbe poi tutto da dimostrare che l'interesse tutelato dalla norma in questione sia un interesse particolare e non generale (l'interesse tutelato, infatti, sarebbe identico a quello sotteso a molte delle ipotesi in cui la legge richiede la forma scritta per un determinato atto). Il motivo per cui la tesi della nullità non ha soddisfatto del tutto gli interpreti, forse, risiede altrove; e precisamente ciò che non convince è il fatto che se le parti

stipulano bilateralmente un contratto senza rispettare l'onere formale che si sono imposte, pare difficile concludere per la nullità di tale accordo, che deve piuttosto considerarsi come una revoca implicita del precedente patto sulla forma.

Più convincente, forse è la tesi dell'inefficacia. Il percorso logico svolto dai sostenitori di questa tesi è il seguente: l'inefficacia non è una vera e propria sanzione, ma è una conseguenza che discende dall'essere il contratto invalido, oppure mancante di un requisito integrativo (condizione, termine, determinazione fatta dall'arbitratore, ecc.). Ora, in tal caso manca appunto un requisito integrativo dell'efficacia; perché se le parti hanno voluto che uno o più contratti da loro stipulati debbano rivestire una certa forma, vuol dire anche che questa forma l'hanno voluta come condizione di efficacia dei loro accordi successivi. Di conseguenza la mancanza della forma prescritta riceverà lo stesso trattamento che ricevono gli altri requisiti di efficacia, come la condizione. Certamente questa tesi urta contro il chiaro dettato letterale della legge, che parla di validità, e non di efficacia, ma occorre considerare che la legge non è mai così precisa e usa spesso i termini "validità" "efficacia", "esistenza", ecc., in maniera impropria. Tale tesi, secondo Bianca, consente di spiegare come e perché la parte interessata possa avvalersi di tale inefficacia, oppure scegliere di rinunciare facendo recuperare al contratto la sua efficacia.

## **18. La ripetizione del contratto**

Nozione e distinzione da figure affini

Per ripetizione del contratto si intende la esternazione di una nuova dichiarazione contrattuale, identica nel suo contenuto ad una dichiarazione precedente. Tipico è il caso in cui le parti, avendo stipulato l'accordo in forma di scrittura privata, decidono di stipularlo nuovamente in forma di atto pubblico. I motivi per cui le parti possono decidere di ripetere il contratto possono essere diversi; può esserci l'esigenza di preconstituire una prova, oppure di consacrare l'accordo con una forma che garantisca maggiore certezza, o di rinnovare un contratto smarrito, oppure di redigere un documento ai fini della trascrizione (ad esempio concludendo un contratto di vendita immobiliare per scrittura privata non autenticata l'accordo, pur se valido, non è trascrivibile).

Questo istituto deve distinguersi da una serie di altre figure affini: tenendo presente che la terminologia non sempre concorda abbiamo:

1) la ricognizione, che è una dichiarazione di scienza con cui le parti attestano l'avvenuta stipulazione; con la ricognizione le parti confessano il fatto avvenuto; con la ripetizione invece, si ha un vero e proprio rinnovo del consenso

2) La rinnovazione del documento (da non confondersi con la rinnovazione del contratto nullo), cioè quando le parti riproducono il documento nuovamente, per averlo perso, oppure per scriverlo in modo più corretto; qui il documento nuovo è identico al precedente e lo sostituisce in pieno e ha quindi una funzione essenzialmente probatoria; Con la ripetizione, invece, il nuovo documento si aggiunge al precedente.

3) La riproduzione, che si ha quando le parti fanno più copie dello stesso documento; in tal caso non c'è alcuna rinnovazione del consenso e nessuna innovazione, neanche formale, rispetto alla situazione preesistente; è il caso, ad esempio, del testatore che fa più copie dello stesso testamento, o della copia redatta ad uso dell'altra parte, o per la registrazione, ecc..

Un caso di ripetizione legale sembra essere quello dell'articolo 1543, per la vendita di eredità.

#### Natura giuridica

Il fenomeno della ripetizione presenta aspetti singolari, difficilmente ricostruibili in chiave sistematica. Certamente è da escludere l'ipotesi prospettata da Sacco, che il secondo contratto ripetuto (incidendo su di un oggetto impossibile, perché il diritto già è stato trasferito col primo contratto) sia nullo per impossibilità dell'oggetto; la diffusione pratica del fenomeno e la assoluta concordia della dottrina e della giurisprudenza nel ritenere valida l'operazione, invitano a partire dall'idea della sua ammissibilità; mentre sembra consigliabile - per usare le stesse parole dell'autore - tenersi alla larga da simili elucubrazioni logiche, pure teoricamente ammissibili.

#### Teoria dell'integrazione formale del contratto

Secondo questa tesi il fenomeno della ripetizione è nient'altro che un caso di integrazione formale del contratto. Il precedente contratto, cioè rimane immutato in tutto e per tutto tranne che per la forma. Contro questa teoria si è detto che in tal modo si svaluta il ruolo della volontà, che pure deve esserci, nel senso che i contraenti non si limitano a integrare il contratto dal punto di vista solo formale, ma rinnovano effettivamente il consenso.

#### Teoria del negozio novativo

Neanche può accogliersi la teoria del fenomeno novativo, atteso che la novazione sostituisce il titolo o l'oggetto, che invece in tal caso rimangono intatti. L'idea del fenomeno novativo potrebbe accogliersi solo nell'ipotesi in cui le parti modificano l'oggetto del negozio, nel qual caso, però, non può più parlarsi di negozio riproduttivo.

#### Teoria della duplicità di fonti

Secondo Bianca, dal momento che la rinnovazione del contratto si traduce in una rinnovazione del consenso, sia pure in forma identica alla precedente, l'operazione mira a produrre un'altra fonte dello stesso rapporto; abbiamo quindi un unico rapporto contrattuale che viene ad avere due fonti distinte.

A questa teoria è stato obiettato da Gazzoni che:

- a) non può dissociarsi il contratto dalla sua forma (ma non si capisce perché);
- b) non possono manifestarsi due consensi identici in momenti diversi; il che è vero, ma l'autore dimentica che il nuovo contratto è in tutto e per tutto identico, tranne che per la forma; le parti, cioè, non manifestano un consenso in tutto e per tutto identico, perché perlomeno è ravvisabile la volontà di dare una forma diversa al negozio.
- c) un negozio avente ad oggetto un rapporto già costituito risulta inutile. Ma che non sia inutile lo abbiamo detto all'inizio; l'utilità risulta infatti dalle ragioni che abbiamo elencato all'inizio.

### Disciplina

Ci si chiede cosa succede se il contratto ripetuto diverge da quello precedente. Se la divergenza è voluta allora non c'è dubbio che il nuovo contratto si sostituisce in tutto e per tutto al precedente, e dunque si avrà o una novazione o comunque un contratto modificativo. Se invece la divergenza è dovuta ad un errore allora la questione si complica, perché è difficile stabilire se debba rimanere in vita la nuova dichiarazione o la vecchia; sembra da escludere la soluzione dell'annullabilità per errore (che può invocarsi solo se esso sia essenziale e riconoscibile); probabilmente è corretta la teoria che vi ravvisa un caso di nullità per mancanza dell'oggetto, o forse del consenso, dato che la volontà si è formata su un oggetto diverso rispetto a quello creduto. Se il primo contratto è annullabile la ripetizione di esso può anche sanarne i vizi; tuttavia può profilarsi l'annullabilità, del negozio ripetuto per errore di diritto, quando la convinzione della necessità di rinnovare il consenso sia stata la ragione determinante del contratto.

La sottoscrizione al buio, la firma in bianco e la dichiarazione sotto falso nome

### Sottoscrizione al buio

Si parla di sottoscrizione al buio quando un soggetto firma un contratto senza leggerne il contenuto. In tal caso l'autore della dichiarazione è vincolato alla sua dichiarazione per il principio di autoresponsabilità e di affidamento, nel senso che è assoggettato alle conseguenze di essa secondo il suo significato oggettivo, dato che l'altro contraente fa affidamento sulle dichiarazioni.

Nel caso, invece, in cui il soggetto che ha predisposto il testo sappia che la sottoscrizione dell'altro è avvenuta al buio, e il contratto contenga clausole a sorpresa, che esulano i normali termini di un accordo contrattuale, allora non c'è affidamento da tutelare, e si potranno applicare i principi relativi ai vizi della volontà, in particolare errore e dolo.

### **La firma in bianco**

Diverso, invece è il caso della firma in bianco, ciò che avviene quando il soggetto firma un documento vuoto che sarà poi riempito dall'altra parte. Anche in questo caso il soggetto è vincolato, perché in tal modo autorizza l'altra parte a riempire il documento, accettandone preventivamente le condizioni. Il problema si pone quando colui che riempie il foglio non ha alcuna autorizzazione o eccede i limiti consentiti.

Nel primo caso (mancanza di autorizzazione) gli effetti dell'atto ricadranno su colui che ha riempito il foglio, salva la possibilità di ratificare il contenuto del documento da parte del firmatario.

Nel secondo caso (eccesso rispetto ai limiti consentiti) secondo Bianca il firmatario deve subire gli effetti della dichiarazione in base al principio dell'apparenza imputabile.

### **La dichiarazione sotto falso nome**

E' frequente che un soggetto si impegni contrattualmente sotto nome altrui nel qual caso ci si deve chiedere che valore abbia una dichiarazione del genere. In linea di massima possono prospettarsi ipotesi ricostruttive diverse.

- 1) Nullità per mancanza dell'accordo tra le parti, salva ovviamente la responsabilità del soggetto che ha emesso la firma falsa;
- 2) La dichiarazione va considerata come atto di gestione di un patrimonio altrui, con possibilità di ratifica da parte del soggetto di cui si sia speso il nome.

In qualunque, caso, quando l'identità del dichiarante è irrilevante, il che avviene nella maggior parte dei contratti che non sono intuitu personae, la dichiarazione avrà effetti nei confronti del dichiarante vero.

## **19. La causa fiduciaria e il contratto fiduciario**

### **DA Altalex**

#### Nozione

Il negozio fiduciario è quel negozio con cui un soggetto (fiduciante) trasferisce ad un altro (fiduciario) un diritto reale o personale, e quest'ultimo si obbliga ad esercitarlo

secondo le modalità e i tempi stabiliti, raggiungendo una finalità pratica diversa e ulteriore rispetto a quella propria dello schema causale utilizzato. Ad esempio:

- 1) Tizio, dovendosi assentare per lungo tempo, vorrebbe che qualcuno amministrasse i suoi beni immobili e per far ciò li trasferisce in proprietà all'amico Caio.
- 2) Primo è debitore di Secondo per la somma di 100 milioni; anziché dargli un bene in pegno o in ipoteca gli trasferisce la proprietà di un bene, con l'intesa che costui lo mantenga in buono stato fino al momento della restituzione della somma.

A cosa serve un negozio del genere? Essenzialmente a due scopi:

1) Ad ottenere gli stessi risultati che si avrebbero con un altro negozio (nel primo caso effetti analoghi si potrebbero ottenere con un mandato; nel secondo caso con un pegno o un ipoteca) ma in modo più spedito e veloce. Nell'esempio numero 1 il fiduciario ha chiaramente poteri più estesi rispetto a quelli del mandatario, e le sue operazioni saranno più rapide. Analoghe considerazioni valgono per il creditore. Si capisce allora perché l'istituto si chiama "contratto fiduciario". Perché i poteri del fiduciario risultano molto ampi, in quanto il negozio utilizzato per raggiungere lo scopo è diverso da quello tipico che il legislatore ha previsto, e quindi il fiduciante si espone al rischio che il fiduciario abusi dei suoi poteri, e rivenda il bene, o lo distrugga, ecc.; si tratta di un rapporto, cioè, in cui il raggiungimento dello scopo previsto dal fiduciante è rimesso, in ultima analisi, non a meccanismi giuridici, ma alla buona volontà del fiduciario e quindi il rapporto si basa sulla fiducia che intercorre tra i contraenti.

2) Serve per eludere divieti legali in merito a qualche operazione contrattuale, o per aggirare ostacoli legislativi. Ad esempio si possono trasferire i propri beni per sottrarli ai creditori; oppure possono esistere motivi fiscali (per evitare il pagamento della tassa di successione intesto un bene al mio erede, che diventerà effettivamente suo alla sua morte).

Requisiti del negozio fiduciario

I caratteri del negozio fiduciario sono questi:

- un negozio tipico che, all'esterno, appare posto in essere per la sua finalità tipica;
- l'effettivo trasferimento del diritto al fiduciario;
- l'eccedenza del mezzo usato rispetto allo scopo dei contraenti;
- la possibilità di abuso da parte del fiduciario.

Questa figura pone due ordini di problemi:

- 1) Anzitutto occorre precisare la sua natura giuridica.
- 2) In secondo luogo occorre domandarsi se un negozio del genere sia lecito o no per l'ordinamento.

Prima di rispondere a quest'ultima domanda, però, è opportuno verificare quale figure rientrano nel negozio fiduciario e quali no. Perché, ci pare, molte delle dispute sul negozio fiduciario dipendono dall'idea che se ne ha monte; cioè, in altre parole, dalla nozione di negozio fiduciario che si vuole accogliere.

Figure legali di negozio fiduciario

Il negozio fiduciario è - secondo la dottrina prevalente - una figura che è stata elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza e che non trova riscontri nel codice. L'unica norma dell'ordinamento in cui la fiducia è contemplata è l'articolo 627, che ne illustra molto bene il meccanismo. Il primo comma afferma che, nella disposizione fiduciaria: "Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratti di persona interposta".

In altre parole, per il negozio fiduciario non esiste azione. Tuttavia, precisa il secondo comma, se la persona dichiarata nel testamento esegue la disposizione e trasferisce i beni alla persona voluta dal testatore, non può ripetere quanto ha pagato.

Come dire che l'ordinamento ha un atteggiamento di indifferenza rispetto all'istituto, negando azioni particolari a tutela di questo tipo di negozio; il che è logico, trattandosi di accordo che ha una rilevanza solo interna. Tuttavia se il fiduciario spontaneamente adempie non ha azione per recuperare quanto ha pagato, secondo quello che è il meccanismo tipico dell'obbligazione naturale.

In altre parole, il negozio fiduciario non è giuridicamente rilevante, ma neanche è nullo o inesistente, dato che non è accordata nessuna ripetizione.

Non ci sembra che nell'ordinamento possano rinvenirsi altre tracce del negozio fiduciario.

Senonché la dottrina e la giurisprudenza sostengono che sarebbero ipotesi legali di negozio fiduciario:

- il patto di retrovendita;
- il mandato senza rappresentanza;

il contratto estimatorio;

l'ipotesi delle società fiduciarie (L. 1.1991).

In realtà queste sono ipotesi tipiche, previste dalla legge, e per cui è ammessa azione. Si tratta quindi di ipotesi che non si basano di certo sulla fiducia.

Il vero e proprio negozio fiduciario, invece, è quello per cui non esiste azione, e che si basa, appunto sulla fiducia. Come ha rilevato un autore (Lipari) una delle caratteristiche del negozio fiduciario è nell'intento delle parti di sottrarre agli schemi legali la realizzazione del risultato da esse perseguito. Nelle ipotesi previste dalla legge, invece, non si può più parlare di fiducia; ci pare anzitutto che non esista possibilità di abuso; né si può parlare di eccedenza rispetto allo scopo legale, visto che lo scopo è previsto dalla legge.

Senza contare la contraddizione esistente tra l'affermare che il negozio fiduciario non è disciplinato dalla legge, o - il che è lo stesso - che è un negozio atipico - e poi inserire tra le ipotesi di contratto fiduciario tutte quelle sopra elencate.

Natura giuridica

La tesi del negozio simulato

In una prospettiva originale, ma non per questo priva di fondamento si è sostenuto che il negozio fiduciario sarebbe da ricondurre in realtà alla fattispecie della simulazione. Se il negozio posto in essere non è diretto a raggiungere lo scopo tipico previsto dalla legge, infatti, vuol dire che il negozio in effetti non è voluto. Cioè le parti solo in apparenza pongono in essere un certo negozio, perchè in realtà ne pongono in essere un altro. Posto in questi termini, il fenomeno della fiducia in nulla differisce da quello della simulazione.

Tra l'altro questa tesi sarebbe avvalorata dalla disciplina dei due istituti, che sarebbe la stessa, nel senso che di fronte ai terzi rileva la situazione apparente, e non quella reale voluta dalle parti.

La tesi del negozio astratto

Autorevole dottrina (Santoro-Passarelli, Carresi, Scognamiglio) sostiene che il negozio fiduciario sarebbe un negozio astratto. Il negozio posto in essere risulterebbe avere una causa diversa rispetto a quella prevista dalla legge, e quindi sarebbe senza causa. Nella vendita ad esempio, la cui causa è costituita dallo scambio di cosa contro prezzo, se lo scopo delle parti è quello di dare al fiduciario il potere di amministrare il bene, mancherebbe la causa. Avremmo così un negozio astratto, che come tale è nullo.

Tra l'altro, si è detto, la causa fiduciae non è una valida causa (o ragione) idonea al trasferimento di un diritto. Valide cause del trasferimento, nel nostro ordinamento, possono essere solo la causa solvendi, la causa donandi, o credendi. Una causa fiduciae non è ipotizzabile, e quindi sarebbe comunque immeritevole di tutela.

La tesi del collegamento negoziale

Secondo alcuni autori il negozio fiduciario sarebbe una sottospecie di collegamento negoziale. Abbiamo infatti un primo negozio, ad effetti reali, e poi un secondo negozio, collegato all'altro, ad effetti obbligatori. Il primo negozio ha ovviamente effetti rispetto ai terzi, il secondo è valido solo tra le parti.

La tesi del negozio atipico

Altri autori (Grassetti, Torrente) sostengono che il negozio fiduciario sia un negozio atipico, unitario, con una causa atipica, cioè la cosiddetta causa fiduciae, costituita dall'affidamento del fiduciante sul comportamento leale del fiduciario. Quanto all'ammissibilità, essa non può essere posta in dubbio stante che le parti hanno, in virtù dell'articolo 1322 il potere di concludere contratti atipici col solo limite della meritevolezza degli interessi perseguiti.

Ovviamente è necessario che il negozio posto in essere non sia diretto a eludere una norma imperativa, perché altrimenti si ricadrebbe nella nullità dell'accordo ai sensi dell'articolo 1344.

La tesi secondo cui il negozio fiduciario avrebbe causa fiduciae è stata contestata, più che altro perché il negozio fiduciario ha una tale varietà di scopi e funzioni che non può parlare di una causa unitaria. Né del resto il leale affidamento del fiduciario può consistere in una causa in senso tecnico (si voglia intendere la causa come funzione, come scopo, o come ragione giuridica).

La tesi del fenomeno metagiuridico

A noi ci sembra corretta la teoria di alcuni autori (Visalli, Salvatore Romano), che, seppure rimasta minoritaria, ci pare l'unica adatta spiegare il fenomeno della fiducia e l'unica che si concilia con le affermazioni di parte della dottrina e della giurisprudenza secondo cui il negozio fiduciario sarebbe un negozio atipico, basato sull'affidamento che il fiduciante ripone nella correttezza del fiduciario e nel quale è ravvisabile un'eccedenza del mezzo rispetto allo scopo tipico.

Secondo questa teoria si tratta quindi di un fenomeno metagiuridico. E' un fenomeno, cioè, che si colloca su un piano diverso rispetto a quello dell'ordinamento, così come avviene per i rapporti di cortesia. La fiducia è quindi una categoria socioeconomica,

"che si basa solo sull'onore e sulla buona fede", e che è indifferente per l'ordinamento fino al momento dell'inadempimento.

Il problema della liceità del negozio fiduciario

Alcuni autori negano che il negozio fiduciario abbia ingresso nel nostro ordinamento. Anzitutto perché il trasferimento della proprietà *causae fiduciae* contrasta con il carattere di perpetuità della proprietà.

In secondo luogo perché in tal modo si ha, come abbiamo detto, un negozio astratto, che per l'ordinamento italiano non è ammissibile.

Altri autori, invece, hanno detto che, ammettendosi il negozio fiduciario si viene anche ad ammettere un tipo di proprietà (la proprietà fiduciaria, appunto) che avrebbe caratteristiche diverse da quelle previste dall'articolo 832; si tratterebbe infatti di una proprietà solo formale svuotata del tutto da ogni contenuto e quindi di un diritto reale atipico, contrastante con il principio del numero chiuso dei diritti reali. In una prospettiva non del tutto diversa altri hanno detto che si avrebbe una dissociazione tra titolarità e diritto, anch'essa inammissibile.

Ovviamente sostengono la piena liceità del negozio coloro che vi ravvisano un negozio tipico con causa *fiduciae*, oppure coloro che vi vedono un'ipotesi di collegamento negoziale.

Alla stessa conclusione si giunge seguendo la tesi del fenomeno metagiuridico.

Tipi di fiducia

Fiducia cum amico e fiducia cum creditore

L'esempio numero uno è la classica figura della fiducia cum amico. L'esempio numero 2 della fiducia cum creditore. È chiaro che questa seconda figura si pone ai confini con il cosiddetto patto commissorio. La differenza sta in ciò. Il patto commissorio è un patto tipico, e quindi vietato. Il contratto fiduciario è invece un patto la cui rilevanza rimane sul piano meramente interno. Nessuna azione avrà il debitore qualora il creditore venda la cosa; ma del resto un patto del genere, che non assume rilevanza giuridica, neanche può essere sanzionato con la nullità.

Fiducia romanistica e fiducia germanistica

La fiducia romanistica è quella di cui ci siamo occupati fin qui, in cui viene trasferita una proprietà piena e il fiduciante non ha mezzi per essere tutelato, o, perlomeno, ha solo quello del risarcimento del danno.

La fiducia germanistica, invece, ricorre quando il vincolo di destinazione sul bene è più intenso; quindi quando non vi è trasferimento effettivo della titolarità del bene, perché il fiduciario riceve solo la legittimazione ad esercitare in nome proprio un diritto che però continua a rimanere in capo al fiduciante; in questo tipo di fiducia in genere le parti contraenti pongono in essere una serie di meccanismi idonei a tutelare il fiduciante; ad es. prevedono una condizione risolutiva con cui si stabilisce la permanenza degli effetti del negozio fino all'adempimento degli obblighi assunti dal fiduciario.

#### Fiducia statica e dinamica

La fiducia è di regola dinamica quando i contraenti pongono in essere un negozio tipico ma con uno scopo ulteriore o diverso, e quindi quando c'è un effettivo trasferimento di beni al fiduciario.

E' statica quando non c'è un effettivo trasferimento dal fiduciante al fiduciario; quest'ultimo è già titolare del bene, ma si obbliga a disporne alle condizioni poste dal fiduciante e a trasferirlo a lui su sua richiesta. Ad esempio la giurisprudenza ha ritenuto che sia da inquadrare nella fiducia statica la fattispecie in cui un coniuge, in regime di comunione legale, acquista un bene con denaro di entrambi ma lo intesta a lui solo, obbligandosi al contempo a riconoscere la proprietà all'altro su sua richiesta (con la conseguenza che, in caso di rifiuto da parte del coniuge intestatario, l'altro può ottenere una sentenza ex articolo 2932).

#### Disciplina

##### Forma

Quanto alla forma del *pactum fiduciae* minoritaria, in dottrina e giurisprudenza, è la tesi della libertà delle forme.

L'opinione prevalente, invece, ritiene che il patto, se ha ad oggetto beni immobili, debba rivestire la forma scritta.

Ma è chiaro che questa opinione presuppone accolta la tesi del collegamento negoziale; se invece si accede alla tesi del fenomeno metagiuridico, o del negozio astratto, snaturerebbe l'essenza stessa del negozio fiduciario; dal momento che, se il patto è consacrato in forma scritta, non può più parlarsi di fiducia, ma di un contratto valido e giuridicamente tutelato (obbligatorio o reale). Ad esempio se, oltre alla vendita, viene stipulato il patto con cui il fiduciario si obbliga a ritrasferire il bene a richiesta del fiduciante, qualora questo patto rivesta la forma scritta siamo nell'ipotesi del patto di retrovendita, cui sono applicabili i rimedi del risarcimento del danno e dell'esecuzione in forma specifica. In altre parole, il patto non si basa più sulla fiducia, ma sulla tutela che la legge appresta a qualsiasi contratto, tipico o atipico che sia.

## Inadempimento del fiduciario

Quanto alle conseguenze dell'inadempimento del fiduciario bisogna ovviamente distinguere. Se si accoglie la tesi dell'inammissibilità giuridica del patto ne consegue che nessuna azione è data al fiduciante.

Se invece si accoglie la tesi del collegamento negoziale, o comunque la tesi che ammette l'ammissibilità dell'istituto, occorre distinguere.

In caso di vendita da parte del fiduciario del bene del fiduciante, secondo la tesi prevalente, quest'ultimo potrà ottenere il risarcimento del danno. Anche, il terzo, qualora sia a conoscenza del *pactum fiduciae*, dovrà risarcire il danno ex articolo 2043.

Nel caso l'inadempimento consista nell'omissione del fiduciario, il quale non voglia trasferire il bene, allora secondo la dottrina prevalente potrebbe agirsi con l'esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre ex articolo 2932. Del resto l'articolo 2932 si applica a tutti i casi in cui c'è un obbligo di contrarre; e quindi anche nei casi in cui l'obbligo derivi da un patto aggiunto o collegato ad un negozio tipico di trasferimento.

Si è rilevato che in tal modo si riduce di molto lo spazio concesso alla fiducia romanistica, che diventa molto simile a quella di tipo germanico. Il che però è solo parzialmente vero, perché l'azionabilità del rimedio di cui all'articolo 2932 è comunque subordinato alla sussistenza del bene nel patrimonio del donante.

I creditori del fiduciario possono ovviamente agire sul patrimonio del fiduciante, salva l'*exceptio doli* opponibile a coloro che sanno del patto.

I creditori del fiduciante, posto che si acceda alla teoria dell'ammissibilità e della giuridica tutelabilità del patto, potranno agire con l'azione surrogatoria.

## **20. L'invalidità in generale**

### **Invalidità, inefficacia**

Quando il negozio produce i suoi effetti ed ha tutti i requisiti che la legge richiede abbiamo un negozio valido ed efficace. Quando il negozio si pone in contrasto con una norma di legge allora è invalido; in tal caso non produce effetti, oppure li produce in via provvisoria fino a che l'invalidità non sia fatta valere in giudizio. Altre volte, invece, il negozio è completo di tutti i requisiti e non contrasta con alcuna norma, ma un fatto esterno al negozio, coevo o successivo ad esso, ne impedisce la produzione degli effetti. In questo caso il negozio si dice inefficace.

Negozi inefficace significa dunque negozio improduttivo di effetti, in via provvisoria e per cause esterne all'atto. Il negozio invalido, invece, è pur sempre inefficace, ma per motivi interni ed in modo definitivo.

Al riguardo, però, si impone la distinzione tra effetti negoziali e finali. Ciò che non si produce, infatti, sono gli effetti finali, del negozio, ma non quelli negoziali. Sia il negozio invalido per cause strutturali interne, che quello inefficace per cause esterne non producono effetti e sono inefficaci.

Si distingue anche tra inefficacia in senso lato e inefficacia in senso stretto. La prima indica il negozio improduttivo di effetti, qualunque sia la causa (annullabilità, rescissione, ecc.); la seconda indica il negozio valido, ma inidoneo a produrre i suoi effetti a causa di circostanze estrinseche (ad esempio il mancato avveramento di una condizione sospensiva). Questi fenomeni sono anche indicati il primo con il nome di efficacia successiva e il secondo col nome di inefficacia sospesa. Si ha poi l'inefficacia relativa, o inopponibilità, quando il negozio è inefficace solo nei confronti di alcuni soggetti.

### L'inesistenza

In senso stretto, a voler essere giuridicamente rigorosi, l'inesistenza non dovrebbe distinguersi dalla nullità, perché se è vero che il negozio nullo è improduttivo di effetti e che si considera come mai esistito, allora ben potrebbe ricevere la qualifica di negozio inesistente. In tal senso non potrebbe distinguersi tra negozio nullo o inesistente, perché si tratterebbe comunque di fattispecie cui la legge nega ogni rilievo. Alcuni autori, allora, traendo le debite conseguenze da queste premesse sostengono non possa distinguersi tra negozio inesistente e negozio nullo. Questi autori fanno anche un discorso logico. Se il negozio giuridico, infatti, è la manifestazione di volontà diretta ad effetti riconosciuti e protetti dalla legge, quando tale manifestazione non può produrre effetti, non è neanche qualificabile come negozio (Rubino). Ma la dottrina e la giurisprudenza usano i due termini, inesistenza e nullità, distinguendo le due ipotesi. Inesistente sarebbe quella fattispecie non semplicemente viziata, ma quella che difetta del tutto dei requisiti minimi perché si possa affermare l'esistenza di un negozio giuridico (ancorché nullo). Ad esempio il negozio non manifestato neanche oralmente, ma rimasto nel pensiero del contraente; il negozio proveniente da persona che si inventa una identità fasulla e avente un oggetto inesistente; il negozio concluso per scherzo, a scopo rappresentativo o didattico. Il negozio nullo in senso stretto, invece, sarebbe quello che, benché viziato, ha almeno le caratteristiche esterne di un negozio giuridico (suppone almeno l'impalcatura esterna, dice Barbero). Infatti, come osserva acutamente Scognamiglio, l'aggettivo nullo presuppone un sostantivo cui riferirlo e a cui può adattarsi la qualifica di negozio; invece al negozio concluso per scherzo, o a scopo didattico, non si adatta neanche il nomen iuris di negozio (che è

quindi inesistente). Il negozio nullo, insomma, non è il negozio che le parti non hanno mai posto in essere e che non esiste nella realtà materiale, bensì il negozio che, per l'ordinamento, manca di uno o più requisiti essenziali che la legge ritiene indispensabili per la produzione di effetti. Né è vero che la distinzione tra negozio nullo ed inesistente non importerebbe conseguenze di rilievo; basti pensare che solo il negozio nullo, e non quello inesistente:

- può essere convertito;
- nei casi previsti dalla legge può essere sanato;
- può essere trascritto;
- può avere effetto nei confronti dei terzi, sia pure a determinate condizioni.

Quindi l'inesistenza non sarebbe neanche una categoria dottrinale, o del pensiero, o pregiudiziale, come dicono alcuni. Si tratta in realtà di una categoria giuridica, che serve a distinguere il negozio invalido ma produttivo comunque di effetti, dalla fattispecie improduttiva di qualsiasi effetto, anche minimo. Per questo, nonostante qualcuno ne neghi l'ammissibilità, è difficile contestare il dato di fatto che un negozio che difetta dei requisiti minimi per riconoscerlo come tale non può considerarsi semplicemente nullo. Può poi essere vero quello che afferma Sacco, cioè che non ci sono elementi sufficienti nella legge per poter dire quando un negozio esiste e quando no; e può essere vero che è difficile dire se certe fattispecie siano inesistenti o nulle (ad esempio il testamento orale, che la dottrina dubita se inquadrare nell'una o l'altra delle due categorie) ma questo nulla aggiunge e nulla toglie al fatto che l'inesistenza è comunque un fenomeno giuridico, e non si tratta di una mera invenzione dottrinale, senza riscontro con la realtà (come taluno afferma). Quanto alla linea di demarcazione tra negozio nullo e inesistente, anche se nella legge non ci sono sufficienti indicazioni, Carresi ha provato a indicare un criterio distintivo sufficientemente rigoroso. Secondo l'autore, inesistente sarebbe il negozio che manca del tutto di uno degli elementi essenziali, mentre nullo (ad onta di quello che afferma l'articolo 1418) sarebbe il negozio in cui l'elemento è viziato; sì che la formulazione dell'articolo 1418 sarebbe frutto di una "insufficiente elaborazione della teoria dell'atto giuridico".

In effetti se manca l'accordo (ad esempio se io dico "ti vendo l'auto", e Tizio risponde "ti compro i pantaloni"; oppure se propongo a Tizio la vendita di un bene e costui non risponde) il negozio non può dirsi semplicemente nullo, ma si tratta di una fattispecie che a livello giuridico è del tutto irrilevante, e quindi inesistente. E un discorso analogo può essere fatto per la mancanza assoluta dell'oggetto (ti vendo l'aria) o per la assoluta mancanza di forma (un contratto che rimane solo nel pensiero di chi lo vuole stipulare e che non viene esternato).

Fondamento della nullità e dell'annullabilità

L'impostazione tradizionale, o organicistica

L'invalidità dà luogo a due figure: la nullità e l'annullabilità. L'insegnamento tradizionale ci tramanda che la differenza tra annullabilità e nullità sarebbe individuabile nei punti chiave che stiamo per elencare.

La nullità sarebbe vizio più grave dell'annullabilità, nel senso che le conseguenze per i contraenti sono molto più gravose. L'atto nullo infatti non produrrebbe effetto alcuno, mentre quello annullabile sarebbe valido ed efficace fino alla pronuncia di annullamento.

Abbiamo poi studiato che la nullità e l'annullabilità si differenziano la prima per fondarsi sulla mancanza di un elemento essenziale del contratto, la seconda per fondarsi sul vizio di uno di questi elementi. Sempre secondo l'impostazione tradizionale, la nullità sarebbe da ricollegarsi a vizi che incidono su interessi generali della collettività, mentre l'annullabilità sarebbe vizio che incide su interessi particolari; non a caso il negozio nullo potrebbe essere impugnato da chiunque vi abbia interesse, mentre quello annullabile solo dalle parti.

L'impostazione normativistica

L'impostazione tradizionale, detta anche organicistica, perché vede nella nullità una patologia del negozio, così grave da renderlo addirittura irrilevante dal punto di vista giuridico, non regge alla prova dei fatti e ad un attento esame del codice. Anzitutto da respingersi è l'idea che i vizi che danno luogo a nullità siano più gravi di quelli che danno luogo all'annullabilità; in realtà il legislatore stabilisce arbitrariamente e senza alcun criterio preciso quali vizi debbano dar luogo a nullità e quali ad annullabilità; basti pensare che la vendita immobiliare è nulla se mancano gli estremi della concessione edilizia ai sensi della Legge n. 47/1985 (oggi, permesso di costruire ex art. 46 T.U. Edilizia) e certo tale vizio non può considerarsi più grave della violenza fisica. Così come è nullo il cosiddetto mandato a donare cui voles o la donazione priva della forma richiesta; tutti vizi, questi, da considerarsi irrilevanti, o comunque di certo non più gravi dei vizi della volontà. A meno di non voler sostenere che donare un gioiello manualmente è più grave che costringere qualcuno a farsi donare un miliardo minacciandolo di sterminare la sua famiglia. Ancora più infondata, poi, l'affermazione di qualche autore secondo cui la nullità colpisce una situazione di abuso in considerazione della dannosità sociale della fattispecie; ci pare infatti che, se di abuso, si debba parlare, questo si possa senz'altro ravvisare nelle ipotesi di annullabilità per vizi della volontà, nonché della rescissione (ove una parte si approfitta dello stato di

bisogno o di pericolo in cui versa l'altra); mentre l'abuso non è certo ravvisabile nella maggior parte delle ipotesi di nullità. Quale dannosità sociale ci sarà mai nel vendere la luna (contratto nullo per impossibilità dell'oggetto) o nel regalare un gioiello senza stipulare l'atto in forma pubblica? Quanto al fatto che il contratto nullo sarebbe improduttivo di effetti, a differenza di quello annullabile, vedremo che l'atto nullo produce effetti di rilievo in molteplici casi, sia tra le parti che verso i terzi, al pari dell'annullabilità (possibilità di essere sanato, convertito, effetti verso i terzi di buona fede; soprattutto, poi, se sono prescritte le azioni di ripetizione la conseguenza sarà che gli effetti prodotti – cioè l'esecuzione delle prestazioni – non potranno essere rimossi). Né è corretto dire che la nullità discende dalla mancanza di un elemento essenziale, mentre la annullabilità dal vizio di essi. La libertà del volere, ad esempio, può essere considerato come un vizio del consenso, ma può anche essere considerato come una mancanza di esso. D'altro canto tra le ipotesi di nullità è prevista la contrarietà a norma imperativa, e ci pare abbastanza evidente che l'annullabilità per vizio del consenso altro non è che invalidità per contrarietà alla norma che prescrive la libertà del consenso.

Può quindi senz'altro affermarsi che entrambe le figure, nullità e annullabilità, discendono unicamente dalla violazione di norme, ma senza che possa effettuarsi una distinzione in relazione al tipo di norma violata o alla ratio ad esse sottese, e che gli effetti che la legge riconnette all'invalidità possono essere i più vari, in relazione alle esigenze che il legislatore di volta in volta individua. La differenza svanisce vieppiù se si considera che esistono figure di annullabilità assoluta e di nullità relativa (ad es. legge sul diritto d'autore, art. 122), sì che per queste ipotesi la dottrina discute addirittura se, nonostante il nomen iuris usato dalla legge, non si tratti in realtà di nullità nel primo caso e di annullabilità nel secondo. Questa concezione è stata anche detta normativista, perché vede nella nullità non una patologia del negozio, più grave dell'annullabilità, ma un semplice trattamento normativo che la legge riserva ad un vizio del negozio.

### Tipi di invalidità

Nella categoria della invalidità rientrano senz'altro la nullità e l'annullabilità. Per la verità qualche autore (Messineo), in considerazione del fatto che il negozio annullabile è comunque produttivo di effetti fino all'annullamento, ha dubitato dell'inquadramento dell'annullabilità nella categoria generale dell'invalidità. E tuttavia questa prospettiva è meramente teorica, e si tratta nient'altro che di un'ottica diversa da cui guardare un fenomeno assolutamente identico.

Vi rientra poi la simulazione.

Per quanto riguarda l'inesistenza, come abbiamo detto, alcuni la collocano nell'ambito dell'invalidità, altri in una categoria non giuridica, ma materiale, o del pensiero. Discusso poi è l'inquadramento della figure della rescissione e della risoluzione. Secondo alcuni autori tali figure non rientrano nell'invalidità, perché mancano della caratteristica della retroattività e sarebbero da ascrivere nella diversa categoria dell'impugnabilità.

Ma in realtà se il diverso inquadramento sistematico che la dottrina riserva a queste due figure è giustificato per la risoluzione (si tratta infatti della reazione dell'ordinamento non ad un vizio del negozio, che potrebbe essere valido ed efficace, ma all'inadempimento di una parte), non altrettanto può dirsi per la rescissione. Il problema sarà approfondito in quella sede; comunque per adesso è sufficiente accennare che se è vero che i presupposti della rescissione sono lo stato di bisogno e l'approfittamento dell'altra parte (nella rescissione per stato di bisogno) e lo stato di pericolo (nella rescissione per lesione) è difficile non ravvisare in queste ipotesi un vizio del volere. Mentre le differenze di disciplina non sono tali da giustificare un diverso inquadramento. Insomma, il fondamento della rescissione sembra identico a quello dell'annullabilità, nel senso che la legge ha reagito all'abuso di una parte, sull'altra che versava in uno stato di inferiorità psicologica. D'altronde se è vero che l'invalidità è una reazione del diritto ad un contratto contrario per qualche aspetto alle previsioni dell'ordinamento, che produce effetti diversi rispetto all'atto valido (di volta in volta diversi, a seconda dei casi e del vizio), non c'è motivo per eliminare la rescissione dall'ambito dell'invalidità.

Molto dipende anche da un problema teorico a monte, cui non abbiamo dedicato spazio, e cioè quello della definizione dell'invalidità. Se l'invalidità la si definisce come l'impossibilità del negozio di produrre effetti, a causa della mancanza di un suo elemento, allora l'inesistenza sarà inquadrata nell'ambito dell'invalidità (Betti), mentre non possiamo collocarci la rescissione. Se invece si definisce l'invalidità come una sanzione del diritto, che reagisce alla stipulazione di un contratto in modo difforme dalle prescrizioni di legge, allora l'inesistenza viene collocata fuori dall'ambito dell'invalidità (Conso), mentre la rescissione ne farà parte. Il motivo del nostro disinteresse discende da tre ordini di considerazioni

- in primo luogo la questione non ha nessun rilievo di carattere pratico;
- in secondo luogo la maggior parte della dottrina (e a maggior ragione la giurisprudenza) ignora la disputa, che quindi, ai nostri fini, è maggior ragione priva di interesse;
- in terzo luogo, a dover condurre il dibattito in termini rigorosi, ne verrebbero fuori conseguenze inaccettabili e complicazioni oltre ogni ragionevole limite; basti

pensare che qualificando l'invalidità come improduttività di effetti dovrebbe poi estromettersi l'annullabilità da tale categoria (perché, com'è noto, l'atto annullabile produce effetto fino all'impugnazione) per farne rimanere solo la nullità. Ma i vantaggi pratici e teorici di tutto questo sarebbero inesistenti

## **21. La simulazione nel contratto**

**Art. 1414 c.c.**

### **TESTO**

***Il contratto simulato non produce effetto tra le parti***

***Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma.***

***Le precedenti disposizioni si applicano anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario .***

***La simulazione è una particolare espressione dell'autonomia contrattuale ed è regolata dagli artt. 1414 ss. Si tratta di una particolare "operazione" in cui le parti si accordano per creare una situazione di apparenza fittizia, stipulando un contratto, destinato a non produrre effetto tra loro. Infatti, secondo il primo comma dell'art. 1414 c.c. "il contratto simulato non produce effetto tra le parti".***

La simulazione si compone di due negozi giuridici indipendenti(1): il primo (contratto simulato) è destinato ad ingenerare l'apparenza nei confronti dei terzi e, dunque, ad essere reso pubblico; mentre il secondo (accordo simulatorio) è diretto a privare il primo dei suoi effetti. In questo caso, si parla di simulazione assoluta, perché l'accordo concluso dalle parti è diretto a privare in toto di effetto il negozio simulato, con la conseguenza di non determinare la nascita di alcun rapporto giuridico fra di loro né, tantomeno, di modificare le loro rispettive posizioni giuridiche. In questo caso la discrasia fra la situazione apparente e quella reale è totale: da un lato, infatti, il contratto simulato crea una determinata posizione giuridica "immaginary" che, in realtà, a causa dell'accordo simulatorio, si rivela inesistente. Nell'ipotesi invece in cui mancasse l'accordo simulatorio, resterebbe a regolare i rapporti delle parti l'unica volontà dichiarata (contratto simulato) e a niente vale che l'una o l'altra parte non intendesse in realtà vincolarsi (cd. riserva mentale). Le parti possono formalizzare per iscritto l'accordo simulatorio: in questo caso si parla di contro-dichiarazione. Quest'ultima non è un atto negoziale, ma una dichiarazione di scienza ed è, normalmente, atto comune delle parti. Talvolta, invece, proviene solo da una parte, ma anche in questo caso si tratta di una dichiarazione di scienza e, qualora provenga

dalla parte contro il cui interesse è redatta, assume valore di confessione stragiudiziale. Proprio per tale funzione “documentale”, la controdi chiarazione può anche essere successiva alla conclusione dell’accordo simulatorio. La causa della simulazione è, quindi, rappresentato dalla conclusione di un contratto apparente e di uno reale sottostante: le ragioni che spingono le parti potrebbero essere lecite o meno, in effetti può sembrare strano che il legislatore abbia codificato tale figura, dato che spesso la simulazione risulta inquinata da uno scopo illecito o di frode alla legge.

L’eventuale intento fraudolento perseguito dalle parti non assume rilevanza, trattandosi non della causa del contratto quanto piuttosto dei motivi (soggettivi) che hanno spinto alla conclusione del contratto simulato, con l’unica eccezione costituita dal comune intento illecito e, pertanto, costituisca una ipotesi di *frau legis* ex art. 1344 c.c. in quanto diretto ad “eludere l’applicazione di una norma imperativa”: in questo caso, infatti, il contratto simulato come sempre non ha effetto fra le parti ed il contratto dissimulato è colpito da nullità ex artt. 1418 c. 2 e 1345 c.c..

La simulazione può comprendere anche un ulteriore accordo, cioè quello diretto a concludere un contratto vero e proprio che le parti vogliono mantenere nascosto (accordo dissimulato) dietro lo schermo di quello apparente: in questo caso si parla di simulazione relativa. Come per la simulazione assoluta, anche per quella relativa, ha efficacia fra le parti la situazione realmente voluta, ossia il contratto dissimulato: disciplina tale ipotesi il secondo comma dell’art. 1414 c.c., che infatti prevede che “se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purchè ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma”. In questo senso, ad esempio, se le parti hanno stipulato come contratto simulato una compravendita e come contratto dissimulato una donazione, la simulazione relativa avrà efficacia tra le parti solo se la compravendita rivestirà la forma dell’atto pubblico e sarà stato stipulato alla presenza di due testimoni (come richiesto per la donazione),

Orbene, la simulazione relativa può colpire: la natura del contratto o dell’atto; il suo oggetto o le parti. Una particolare ipotesi di simulazione relativa è poi la cd. interposizione fittizia di persona, in cui le parti contrattuali stipulano, oltre al contratto simulato, un accordo simulatorio con il quale si mettono d’accordo affinché il contratto produca effetti nei confronti di un terzo (il reale contraente). Il terzo contraente deve chiaramente prestare il proprio consenso (Cass. civ., 29 maggio, 1972, n. 1682). L’interposizione fittizia di persone si distingue rispetto all’interposizione reale (il cui esempio classico è la figura del mandato senza rappresentanza e/o il contratto fiduciario) in quanto, in quest’ultimo caso, gli effetti si producono nei confronti della parte che conclude il contratto, fermo restando che quest’ultima in virtù del rapporto gestorio avrà l’obbligo di trasferire i diritti

acquistati alla parte interessata. Si deve inoltre ricordare che la consapevole partecipazione del terzo all'intesa simulatoria è presupposto indispensabile per distinguere l'interposizione fittizia di persona dall'interposizione reale (Cass. civ., 1 luglio 1976, n. 2485; Cass. civ., 1 luglio 1966 n. 1967). Nell'interposizione reale, l'interposto è effettivo contraente e dichiara una volontà propria, anche se persegue gli interessi di un altro soggetto e gli effetti del contratto ricadono sulla stessa persona interposta. Nell'interposizione fittizia, al contrario, il contraente (interposto) è tale solo apparentemente ed il contratto produce ogni effetto direttamente in capo all'intermediario e al terzo contraente (Cass. civ., 22 giugno 1974, n. 1891). In base poi al terzo comma dell'art. 1414 c.c., si prevede la possibilità di estendere la disciplina della simulazione anche agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario (si pensi, ad esempio, al caso di un soggetto che per accontentare i genitori, rinunci fittiziamente ad un diritto di ipoteca sulla casa di abitazione del fratello).

Gli effetti della simulazione nei rapporti tra le parti e nei confronti dei terzi Quanto agli effetti prodotti dal contratto simulato, occorre distinguere gli effetti che si producono tra le parti e quelli nei confronti degli eventuali terzi. Gli effetti della simulazione, nei rapporti tra le parti, indicati dall'art. 1414 c.c. non sono altro che l'attuazione di ciò che le parti hanno concordato, e cioè che il contratto simulato non abbia effetti nei loro rapporti e che quando esiste un contratto diverso da quello apparente, si producano tra le parti gli effetti del contratto dissimulato.

Rispetto ai terzi il codice opera una distinzione (art. 1415 c.c.).

Testo

***La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi (1) che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione [2652, n. 4]***

***I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti.***

Da un lato, si pongono i terzi pregiudicati dalla simulazione quali possono essere, ad esempio, gli aventi causa del simulato alienante, che vedono un loro diritto escluso o ridotto dal contratto simulato. Rispetto ad essi l'art. 1415, secondo comma, c.c. prevede che i terzi possano fare valere la simulazione – e quindi pretendere gli effetti derivanti dal contratto dissimulato - allorché questa rechi pregiudizio ai loro diritti. In questo caso, quindi, i terzi possono far prevalere la realtà sull'apparenza; è comunque importante notare come il diritto di fare valere la simulazione non comporti automaticamente il diritto dei terzi ad ottenere il risarcimento del danno, occorrendo

piuttosto la presenza di una specifica volontà delle parti di recare documento ovvero una leggerezza colposa del loro operare.

Dall'altro lato, vi sono i terzi in buona fede che acquistano diritti da colui che, in realtà, è solo il titolare apparente degli stessi. Nel rispetto del principio della certezza della circolazione dei beni ad essi è inopponibile la simulazione (art. 1415, primo comma, c.c.). Questa inopponibilità, peraltro, non è assoluta, in quanto è condizionata alla già intervenuta realizzazione di un effetto giuridico, a favore del terzo, derivante dal contratto simulato. Pertanto, mentre rispetto alle parti negoziali il contratto simulato continuerà a non avere effetto, applicandosi invece le disposizioni di quello dissimulato, quest'ultimo non potrà essere opposto ai terzi che in buona fede (soggettiva) abbiano acquistato diritti da colui il quale ne appariva titolare. Tradizionalmente, in giurisprudenza, si esclude la buona fede allorquando il terzo, nel registrare il proprio acquisto, riscontri nel registro immobiliare l'esistenza di una precedente trascrizione di domanda giudiziale di simulazione.

Anche rispetto ai creditori, il legislatore opera una distinzione (art. 1416 c.c.).

Art. 1416 c.c.

Testo

***La simulazione non può essere opposta dai contraenti ai creditori del titolare apparente che in buona fede hanno compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato (1).***

***I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato.***

***I creditori del titolare apparente che in buona fede abbiano compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato possono far valere l'apparenza sulla realtà e quindi le parti contraenti non possono opporre nei loro confronti la simulazione (primo comma).***

***I creditori del simulato alienante possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti, e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato (secondo comma).***

L'azione di simulazione: aspetti processuali

L'unica condizione per esercitare l'azione di simulazione è quella di avere l'interesse ad agire: saranno quindi legittimati attivi le parti negoziali, i loro aventi causa e i loro

creditori Nel silenzio del legislatore, l'azione dovrebbe poter essere esperita, sia in via principale sia in via di eccezione. In realtà, però, la giurisprudenza, facendo perno sulla non riproposizione nella disciplina della simulazione della specifica previsione di cui all'art. 1442 quarto comma c.c., è giunta a concludere per l'inaccoglibilità di un'eccezione di simulazione opposta avverso la domanda di esecuzione negoziale.

Ciò, peraltro, non significa che il convenuto, che voglia far valere la simulazione, sia assolutamente impossibilitato a farlo. Dovrà, piuttosto, in sede di comparsa di costituzione e risposta, non limitarsi ad eccepire la relativa questione ma, piuttosto, proporre una specifica domanda riconvenzionale ex art. 167, secondo comma, c.p.c.

L'azione è volta ad ottenere l'emanazione di una sentenza di accertamento e – come del resto quella diretta ad accertare la nullità – dovrebbe di conseguenza essere sia imprescrittibile sia rilevabile ex officio. In realtà, dottrina e giurisprudenza sono giunte a conclusioni parzialmente diverse: infatti, ferma restando la rilevabilità d'ufficio della relativa questione – per lo meno allorché si tratti di simulazione assoluta – l'imprescrittibilità viene riconosciuta solo per la domanda diretta a far valere la simulazione assoluta. Particolare è il caso dell'azione diretta ad accertare l'interposizione fittizia di persona, che – come già detto – costituisce un particolare caso di simulazione relativa. In tale ipotesi, la dottrina ritiene che, non essendo l'azione diretta a far riconoscere l'esistenza e l'applicabilità di un negozio diverso rispetto a quello simulato, ma solo ad ottenere una diversa imputazione dei suoi effetti giuridici, questa sia imprescrittibile.

#### La prova della simulazione

Il legislatore disciplina la prova della simulazione all'art. 1417 c.c., che introduce un regime probatorio in deroga alle regole generali di cui all'art. 2722 c.c., in base al quale “la prova per testimoni non è ammessa se ha per oggetto patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento, per i quali si alleggi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea” (quale per l'appunto è l'accordo simulatorio). La ratio della norma consiste nell'esigenza di evitare che i rapporti giuridici provati per iscritto possano essere alterati da una prova che presenta un grado di attendibilità sicuramente inferiore a quella documentale. Orbene, in deroga ai limiti di cui all'art. 2722 c.c., l'art. 1417 c.c. prevede che l'accordo simulatorio possa sempre essere provato senza limiti per i terzi e per i creditori. Per le parti, invece, la prova testimoniale è ammessa solo se volta a far valere l'illiceità del contratto.

La prova della simulazione si atteggia, quindi, in modo diverso a seconda che si tratti di rapporti verso terzi o dei rapporti interni tra le parti; invero se la domanda di simulazione è proposta da creditori o da terzi che, estranei al contratto, non sono in

grado di procurarsi la prova scritta, la prova per testimoni e per presunzioni della simulazione non subisce alcun limite; per contro, se la domanda è proposta da una delle parti o dagli eredi, la dimostrazione della simulazione incontra gli stessi limiti previsti per la prova testimoniale, per cui se il contratto simulato è stato redatto per iscritto, la prova per testimoni o per presunzioni non può essere ammessa contro il contenuto del documento, perché le parti hanno la possibilità e l'onere di munirsi delle controdiichiarazioni, salve le eccezioni a tale regola espressamente previste dalla legge, e salvo che la prova sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato (Cass., 23 gennaio 1997, n.697, Cass., 12 febbraio 1986, n. 850). Tale distinzione risulta confermata anche da una recente pronuncia della Cassazione (Cass., 6 settembre 2006, n. 19146)

La simulazione di una singola clausola contrattuale: il prezzo di vendita

Dopo aver quindi esaminato i limiti della prova testimoniale per la simulazione e la relativa azione sotto il profilo processuale, resta da affrontare il medesimo problema nel caso in cui la simulazione riguardi esclusivamente una singola clausola contrattuale, ossia il prezzo di vendita (cd. simulazione relativa parziale). Invero in giurisprudenza si è riscontrato un atteggiamento oscillante. Secondo un primo orientamento, maggiormente risalente, la prova della simulazione relativa parziale riguardante una singola clausola contrattuale non incontrerebbe i limiti derivanti dalla disciplina della simulazione di cui agli artt. 1414 comma 2 e 1417 c.c. In particolare, non sarebbe necessario che il patto di determinazione del prezzo dissimulato debba avere la stessa forma richiesta per il contratto cui afferisce, fermi restando i limiti dell'ammissibilità della prova testimoniale posti dalla disciplina probatoria dei patti aggiunti (Cass. 24 aprile 1996 n.3857, Cass. 23 gennaio 1988 n. 526, Cass. 9 luglio 1987 n. 5975). Nella ipotesi di simulazione relativa parziale, relativamente al prezzo gli elementi negoziali interessati dalla simulazione, essi vengono ad essere sostituiti da quelli effettivamente voluti dalle parti (Cass. 24 luglio 1997 n. 6933) e possono essere provati anche a mezzo di testimoni (Cass. 30 luglio 1998 n. 7500, Cass. 24 aprile 1996 n. 3857, Cass. 9 luglio 1987 n. 5975; Cass. 6 settembre 2006, n.19146).In realtà, si tratta di pronunce destinate a porsi in contrasto non solo con il dettato codicistico, ma anche con pronunce recenti di tenore diametralmente opposto (Cass., sez. I, 19 marzo 2004, n. 5539). La dottrina e la più recente giurisprudenza sottolineano come la soluzione del quesito imponga di prendere le mosse dal contenuto dell'art. 2722 c.c., che prescrive l'inammissibilità della prova per testimoni volta a dimostrare l'esistenza di patti contrari o aggiunti al contenuto di un documento e che si assumano adottati in epoca anteriore o contemporanea alla redazione del documento stesso.

La pattuizione di un prezzo di vendita diverso da quello apparente indicato nel documento contrattuale non può, nei rapporti tra le parti, essere oggetto di prova per

testimoni, giacché i limiti alla prova testimoniale di cui all'art. 2722 c.c. operano anche in presenza di una simulazione soltanto parziale, ogni qual volta questa si traduca nell'allegazione di un accordo ulteriore e diverso da quello risultante dal contratto, comunque destinato a modificare l'assetto degli interessi negoziali riportato nel documento sottoscritto dalle parti.

A dirimere il contrasto insorto è intervenuta la Cassazione a Sezioni Unite (Cass. civ., Sez. Un., n. 7246/07) Componendo il contrasto insorto, le Sezioni Unite hanno optato per l'orientamento più recente che aveva escluso la possibilità di provare per testimoni la simulazione del prezzo di vendita, ciò in quanto la prova sul prezzo riguarda un elemento essenziale e non accessorio del contratto. Si è, in proposito, affermato che, allorquando l'accordo simulatorio investe solo uno degli elementi del contratto (quale è il prezzo di una vendita immobiliare), per il quale è richiesta la forma scritta ad substantiam, il contratto simulato non perde la sua connotazione peculiare, ma conserva inalterati gli altri suoi elementi ad eccezione di quello interessato dalla simulazione con la conseguenza che, non essendo il contratto simulato né nullo né annullabile, ma soltanto inefficace tra le parti, gli elementi negoziali interessati dalla simulazione possono essere sostituiti o integrati con quelli effettivamente voluti dai contraenti. Pertanto, la prova per testimoni del prezzo effettivo della vendita, versato o ancora da corrispondere, non incontra, tra alienante e acquirente, i limiti dettati dall'articolo 1417 c.c. in tema di simulazione, in contrasto con il divieto posto dall'articolo 2722 c.c., in quanto la pattuizione di celare una parte del prezzo non può essere equiparata, per mancanza di una propria autonomia strutturale, all'ipotesi di dissimulazione del contratto, così che la prova relativa ha scopo e materia semplicemente integrativa e può pertanto risultare anche da deposizioni testimoniali (Cass. 3857/96; Cass. 526/88) D'altronde, anche qualora si volesse affermare che la pattuizione con cui le parti convengono un prezzo diverso da quello indicato nel documento contrattuale non integri gli estremi di una vera e propria simulazione, questo non risolverebbe in alcun modo il problema. Se anche così fosse, infatti, resterebbe comunque difficilmente eludibile il rilievo per cui una tale pattuizione si pone in contrasto con il contenuto di un documento contrattuale contestualmente stipulato e, come tale, ricadrebbe nella previsione dell'articolo 2722 c.c. E' facile osservare che il prezzo è un elemento essenziale della vendita, per cui anch'esso deve risultare per iscritto e per intero quando per tale contratto è prevista la forma scritta ad substantiam, non essendo sufficiente che quest'ultima sussista in relazione alla manifestazione di volontà di vendere e di acquistare. In altri termini, la prova per testimoni del prezzo dissimulato di una vendita immobiliare non riguarda un elemento accessorio del contratto, in relazione al quale non opera il divieto di cui all'art. 2722 c.c., ma un elemento essenziale, con conseguente applicabilità delle limitazioni in tema di prova previste da tale disposizione.

## **22. LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO**

Art. 1453 c.c.

Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.

Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione.

Nel sistema giuridico italiano, la stipulazione di un contratto a prestazioni corrispettive e l'inadempimento di uno dei soggetti contraenti, sono, ai sensi dell'art. 1453 del c.c., gli elementi costitutivi del diritto dell'altro contraente ad ottenere la risoluzione del contratto, ovvero l'adempimento, ed in ogni caso il risarcimento del danno. Questi diritti, benché abbiano in comune gli stessi presupposti costitutivi, sono comunque diversi, perché consentono al contraente interessato di conseguire utilità differenti come diverse sono le azioni proponibili. Di conseguenza la rinuncia all'esercizio di una di queste azioni non equivale alla rinuncia delle altre proponibili. Ai presupposti dell'inadempimento e del rapporto contrattuale instaurato sono riconducibili le seguenti azioni: la domanda d'adempimento, la domanda di risoluzione e la domanda autonoma di risarcimento. Le azioni di adempimento e di risoluzione sono poste dall'art. 1453 del c.c. sullo stesso piano, tanto è vero che il creditore ha la facoltà di scelta tra l'una e l'altra azione. Perciò la parte, che agisce per l'adempimento, può limitarsi ad allegare che l'adempimento non vi è stato ed eguale onere d'allegazione va riconosciuto sussistente nel caso in cui dell'adempimento la parte richieda la risoluzione e il risarcimento del danno.

In effetti, con il termine risoluzione per inadempimento, il legislatore ha individuato lo strumento con il quale privare il contratto dei propri effetti giuridici allo scopo di assicurare l'equilibrio fra gli obblighi assunti da ciascuna parte e il buon esito delle reciproche aspettative.

Fin dal 1942, la disciplina civilistica con la risoluzione per inadempimento ha previsto delle ipotesi distinte che si differenziano l'una dall'altra perché l'elemento dell'inadempimento viene ad inserirsi in un contesto di circostanze di volta in volta differenti.

L'art. 1452 del c.c., quindi, prevede in via generale che nei contratti sinallagmatici a prestazioni corrispettive, a fronte dell'inadempimento di non scarsa importanza di una delle parti, l'altra può chiedere la risoluzione. Secondo la dottrina e la giurisprudenza consolidata, si ritiene sinallagmatico il contratto in cui la prestazione di una parte sia in funzione della prestazione prevista a carico dell'altra. Perciò i sacrifici patrimoniali e gli apporti di utilità nel rapporto contrattuale sono corrispettivi e reciproci. Infatti, la prestazione di una parte è compensata dalla controprestazione dell'altra. Pertanto, la parte adempiente alla prestazione contrattuale può ottenere la risoluzione del contratto laddove la controparte non esegua la propria prestazione. Il rapporto tra le parti, dunque, deve essere di natura contrattuale, ma è indispensabile che gli effetti del contratto siano obbligatori. Ciò vuol dire che la prestazione può indicare sia un comportamento imposto al soggetto obbligato, sia una vicenda giuridica in virtù della quale il contratto sia passibile di risoluzione in quanto vi è corrispettività tra i sacrifici patrimoniali, anche se il sacrificio risulti a carico di un contraente solamente e non comporti assunzioni di obbligazioni in capo allo stesso. Peraltro, la legge, che si riferisce al contraente inadempiente alle obbligazioni da cui è gravato, dovrebbe applicare la risoluzione solo nei confronti della parte, che abbia assunto le obbligazioni.

I requisiti formali e sostanziali della diffida ad adempiere

L'art. 1454 del c.c., rubricato come diffida ad adempiere, è qualificabile come il rimedio sinallagmatico apprestato a favore del contraente adempiente, affinché quest'ultimo non subisca le conseguenze derivanti dall'inadempimento altrui.

In particolare, la diffida ad adempiere è uno strumento che consente al contraente di ottenere la risoluzione del contratto senza necessità di adire l'autorità giudiziaria competente. In buona sostanza, la diffida ad adempiere è considerata come una delle tre forme di risoluzione stragiudiziale del contratto, più precisamente la risoluzione di diritto che va affiancata alla clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.) e al termine essenziale per una delle parti (art. 1457 c.c.). La diffida ad adempiere è annoverata fra le ipotesi di risoluzione di diritto, perché la disciplina civilistica dispone che al verificarsi della fattispecie regolamentata nei primi due commi dell'art. 1454 c.c., il contratto sia "risolto di diritto". Con la diffida ad adempiere, può, però, porsi il problema di determinare l'ambito della sua applicazione, sotto il duplice aspetto, sia dell'operatività dell'istituto con riferimento ai contratti a prestazioni corrispettive, sia dell'operatività in relazione alle singole fattispecie concrete. Infatti, alla tesi più liberale, che considera la diffida ad adempiere come un rimedio applicabile ad ogni contratto corrispettivo, va contrapposto la tesi di coloro che sostengono che l'applicabilità di questa fattispecie dipenda dagli effetti del contratto, piuttosto che dall'oggetto e dal tipo di inadempimento. Perciò, al di là delle tesi contrastanti, la

diffida ad adempiere trova applicazione nelle ipotesi più disparate di inadempimento. In effetti, la diffida ad adempiere ha lo stesso ambito di operatività dell'art. 1453 del c.c., con la conseguenza che non costituisce ostacolo la circostanza che in contratto siano dedotti termini diversi per l'adempimento di contrapposte prestazioni, oppure che colui che domandi la risoluzione abbia già eseguito la propria prestazione.

L'inadempimento che deve legittimare l'esercizio della diffida ad adempiere deve essere grave (art. 1455 c.c.) pertanto la diffida non avrà effetto laddove l'inadempimento sia di scarsa importanza, tenendo conto dell'interesse dell'altra parte.

L'inadempimento, che permette la risoluzione del contratto, è identificato con quell'inadempimento che, se previsto, avrebbe indotto la parte adempiente a non concludere il contratto. Inoltre, se la prestazione dovuta non sia più eseguibile da parte del soggetto obbligato, tanto per ragioni soggettive, quanto per fatti attribuibili al creditore, appare inconcepibile l'assegnazione di un termine per l'adempimento, data l'irrimediabile situazione giuridica, che ha determinato l'impossibilità dell'attuazione del rapporto contrattuale. Perciò non è sussumibile nella fattispecie in esame, l'inadempimento di un'obbligazione negativa all'inadempimento definitivo. Ulteriori dibattiti sono nati sull'intimazione di diffida, ai sensi dell'art. 1454 del c.c., al contraente che abbia dichiarato di non voler adempiere. Secondo alcuni autori in tale ipotesi la diffida perseguirebbe le proprie finalità, eliminando uno stato d'incertezza, offrendo al debitore la possibilità di evitare la risoluzione per effetto di un tempestivo adempimento. Un'altra visione dottrinale, invece, equipara all'inadempimento la dichiarazione o la minaccia di non voler adempiere alle prestazioni formulate prima della scadenza prevista

L'art. 1454 c.c, 1° comma, dispone che alla parte inadempiente possa essere intimato per iscritto dall'altro contraente di adempiere in congruo termine, che decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà risolto. La diffida ad adempiere consiste, dunque, in una dichiarazione che deve contenere tre elementi essenziali: l'intimazione all'adempimento, la fissazione del termine concesso al debitore per adempiere e l'ammonimento che il contratto s'intenderà risolto laddove entro il predetto termine il contraente non adempia alla propria prestazione. Secondo un principio consolidato in giurisprudenza, la diffida ad adempiere, pur non richiedendo l'uso di formule sacramentali, esige comunque la manifestazione in modo inequivocabile della volontà dell'intimante, da un lato per ottenere l'adempimento del contratto entro un certo termine e, dall'altro di considerare risolto il contratto stesso come effetto dell'inutile decorrenza dei termini. La diffida ad adempiere può essere fatta nella forma più idonea al raggiungimento dello scopo, non richiedendo la legge una forma particolare, ed essendo sufficiente per la sua operatività che essa pervenga nella sfera di conoscibilità del destinatario.

Però la dichiarazione, che l'inadempimento alla scadenza del termine assegnato produrrà l'effetto risolutivo, dovrà risultare chiara ed univoca e produrre la risoluzione del contratto in difetto di adempimento in maniera automatica. Pertanto, una semplice intimazione, contenuta in un avvertimento che in caso di inadempimento si agirà in via legale per la risoluzione del rapporto contrattuale non potrà considerarsi una valida diffida ad adempiere. La diffida, dunque, deve provenire dal creditore in quanto unico soggetto titolare della facoltà di tutelare i propri diritti. L'intimazione mediante diffida ad adempiere del creditore, peraltro, potrà essere presentata anche da un rappresentante della parte purché munito di adeguata procura. Invece, vi è diversità d'opinioni in merito alla forma che la procura debba avere. Infatti, in giurisprudenza si discute se alla procura siano applicabili i principi disposti dall'art. 1392 del c.c. (forma della procura), oppure se alla procura debba essere conferita per iscritto, a causa del tenore dell'art. 1454 del c.c..

Per alcune visioni giurisprudenziali e dottrinali, il principio di identità di forma pena nullità della procura non può trovare applicazione nella fattispecie de qua stante la diversità delle funzioni perseguite. Perciò, per diverse pronunce della giurisprudenza si ritiene pienamente valida ed efficace la diffida ad adempiere di un contratto preliminare di compravendita, intimata, per conto e nell'interesse del contraente, da un soggetto fornito di un semplice mandato verbale, come pure quella sottoscritta da un falsus procurator, e successivamente ratificata dalla parte interessata. Ciò in quanto, sebbene l'art. 1350 c.c. stabilisce l'obbligo della forma scritta per la conclusione o la modifica dei contratti relativi a diritti reali immobiliari, nè esso, nè altra disposizione di legge prevedono un simile requisito di forma per ogni comunicazione o intimazione riguardante l'esecuzione di detti contratti. In effetti, nella diffida ad adempiere, nessun obbligo né diritto viene a generarsi in capo al rappresentato. Pertanto non vi sono ragioni per applicare la forma scritta, poiché questa è posta a tutela non del diffidante, ma del diffidato. Però la visione giurisprudenziale, che si è affermata negli ultimi anni, sostiene che la procura per la diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., debba essere rilasciata per iscritto, a prescindere dal carattere eventualmente solenne della forma richiesta per il contratto destinato ad essere risolto. Questo principio è stato statuito dalle Sezioni Unite (Corte di Cassazione, SS.UU., sentenza 15 giugno 2010, n. 14292), che hanno affrontato la questione relativa alla diffida ad adempiere che debba essere considerata valida anche qualora sia stata firmata da una persona, priva di procura rilasciata per iscritto. La diffida ad adempiere, intimata alla parte inadempiente da un soggetto diverso dall'altro contraente, per produrre gli effetti di cui all'art. 1454 c.c. dovrà essere effettuata da un soggetto munito di procura scritta del creditore. Tale procura dovrà essere allegata, o comunque portata a conoscenza del debitore con mezzi idonei, atteso il carattere negoziale della diffida medesima, quale atto unilaterale destinato ad

incidere sul rapporto contrattuale determinandone la risoluzione per l'inutile decorso del termine assegnato. La procura relativa alla diffida ad adempiere di cui all'art. 1454 c.c., per la Suprema Corte dovrà essere rilasciata per iscritto, indipendentemente dal carattere eventualmente solenne della forma richiesta per il contratto destinato in ipotesi ad essere risolto. Ciò in quanto si tratta di una manifestazione di volontà, consistente nell'esplicazione di un potere unilaterale di disposizione della sorte di un rapporto, la quale di per sé è idonea ad influire direttamente nella realtà giuridica, anche in considerazione della circostanza che dà luogo all'automatica risoluzione ipso iure del vincolo sinallagmatico, senza la necessità di una pronuncia giudiziale, nel caso d'inutile decorso del termine assegnato all'altra parte. In particolare, le Sezioni Unite hanno ritenuto indispensabile che la procura per intimare la diffida ad adempiere debba essere rilasciata nella medesima forma, indipendentemente dal carattere eventualmente solenne della forma richiesta per il contratto destinato in ipotesi ad essere risolto. Inoltre, secondo una visione consolidata della dottrina, la diffida ad adempiere è un atto recettizio, che genera i suoi effetti una volta che sia pervenuta a conoscenza del destinatario ed acquista carattere irrevocabile. Uno dei requisiti fondamentali della diffida ad adempiere è l'individuazione di un termine congruo ad adempiere, che deve essere indicato e definito, in mancanza la diffida risulterebbe inidonea a produrre l'effetto risolutivo.

Il legislatore italiano stabilisce che tale termine non possa essere inferiore ai 15 giorni. Però vi è anche la facoltà di intimare un termine, quando sia stato già prefissato dalle parti o sia previsto dagli usi. La congruità del termine va valutata alla luce del sacrificio imposto al diffidante e al tempo di attesa della prestazione. L'ammonimento, invece, è un altro elemento essenziale che consente la produzione della risoluzione del contratto. Pertanto, la diffida ai sensi dell'art. 1454 c.c. è un rimedio sinallagmatico, che determina la risoluzione del contratto, quando il contraente gravemente inadempiente, diffidato ad adempiere all'obbligazione in un termine indicato dall'intimante, resti inerte.

### **La reversibilità degli effetti risolutivi**

**La diffida ad adempiere apre un successivo dibattito sulla possibilità di recuperare il contratto risolto. La questione, che vede contrapposte la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, verte sulla possibilità, per l'intimante di diffida ad adempiere, di rinunciare agli effetti risolutivi che si producono, a norma del 3° co. dell'art. 1454 c.c., con l'inutile spirare del termine stabilito dal creditore in diffida. In particolare, mentre nella giurisprudenza, gli effetti risolutivi conseguenti all'intimazione della diffida restano nella disponibilità del creditore, il quale può dunque sempre rinunciarvi e pretendere l'esecuzione del contratto, nella dottrina si ritiene, all'opposto, che tale opportunità sia**

**assolutamente preclusa all'intimante, in ossequio al principio della tutela dell'affidamento del contraente inadempiente contro l'arbitrio di volontà e convenienza del creditore. La svolta nell'orientamento giurisprudenziale è determinata da una pronuncia delle Sezioni Unite a sostegno dell'indisponibilità degli effetti della diffida in un obiter dictum.**

**In effetti, la Suprema Corte a Sezioni Unite, con sentenza 14 gennaio 2009, n. 553 sostiene il distacco dalla posizione giurisprudenziale dominante. Muovendosi in direzione diametralmente opposta, tale pronuncia accoglie dunque in toto le ragioni della dottrina. Pertanto sia la dottrina sia la giurisprudenza affermano l'automaticità della risoluzione con lo spirare del termine intimato e la conseguente inammissibilità di una rinuncia all'effetto risolutorio, evidentemente sottratta per legge alla libera disponibilità del creditore.**

La reversibilità degli effetti risolutivi derivanti da una clausola risolutiva espressa e da un termine essenziale per una delle parti pongono problematiche analoghe. Per il primo di detti due strumenti, la questione dibattuta investe la rinunciabilità agli effetti che si producono dopo la dichiarazione di volersi avvalere della clausola risolutiva, mentre, per il secondo, il problema della possibilità di rinuncia viene in essere al momento dello spirare del c.d. spatium deliberandi di tre giorni di cui all'art. 1457 c.c.. Anche qui, laddove la giurisprudenza si allinea per la soluzione favorevole, concedendo al creditore la facoltà di recuperare il contratto risolto pretendendone l'esecuzione, in dottrina si propende invece per la tesi dell'irreversibilità degli effetti risolutivi conseguenti alla dichiarazione di avvalersi della clausola risolutiva, in un caso, e al decorso dei tre giorni, nell'altro.

L'effetto giuridico della risoluzione

L'inadempimento contrattuale di una obbligazione ricorre ogni qual volta, in violazione di un preciso obbligo giuridico, il debitore non ha soddisfatto, nel modo o nel tempo dovuti, l'interesse del creditore. In questo contesto si colloca l'istituto giuridico della risoluzione per inadempimento, inserito dal legislatore del 1942 nell'articolo 1453 del codice civile che, tuttavia, non è applicabile per tutti i contratti. Infatti, l'istituto de quo è esperibile soltanto per una particolare categoria di essi ovvero per i contratti a prestazioni corrispettive (o contratti "sinallagmatici"), siano essi tipici o atipici (innominati). Pertanto, ciò che giustifica la parte a richiedere ed ottenere la risoluzione del contratto per inadempimento è lo squilibrio del sinallagma contrattuale che è il legame reciproco che unisce la prestazione con la controprestazione.

Ai fini dell'applicabilità della disciplina inerente alla risoluzione per inadempimento non è necessario che si tratti di un contratto con effetti esclusivamente obbligatori. L'effetto giuridico della risoluzione è quello di sciogliere e, quindi, di far caducare il rapporto obbligatorio fra le parti contraenti, di regola con effetto retroattivo e, di conseguenza, con efficacia *ex tunc* fra le parti. Invece, la risoluzione nei contratti ad esecuzione continuata o periodica non estende i propri effetti giuridici alle prestazioni in precedenza eseguite e, quindi, ha efficacia *ex nunc*. In sintesi, in base all'articolo 1453, commi secondo e terzo, codice civile la domanda di risoluzione è munita anche di un effetto preclusivo. Infatti, a tal proposito, "dalla data della proposizione della domanda di risoluzione la parte inadempiente non può più adempiere la propria obbligazione".

In sostanza, la risoluzione per inadempimento si verifica tutte le volte in cui l'obbligazione che vincola il debitore non è da quest'ultimo adempiuta. Inoltre, l'articolo 1453, comma 1°, codice civile concede alla parte adempiente il diritto di agire in giudizio per richiedere al giudice il risarcimento dei danni dalla parte inadempiente (il risarcimento<sup>4</sup> si riferisce al c.d. "interesse positivo"). La domanda di risarcimento dei danni per inadempimento contrattuale può essere proposta congiuntamente o separatamente da quella di risoluzione, giacché l'art. 1453 codice civile, facendo salvo in ogni caso il risarcimento del danno, esclude che l'azione risarcitoria presupponga il necessario esperimento dell'azione di risoluzione del contratto o, a maggior ragione, il suo accoglimento. Cassazione civile, sezione I, sentenza 27 ottobre 2006, n. 2327

La giurisprudenza afferma che la risoluzione giudiziale del vincolo contrattuale per inadempimento non può essere pronunciata dal giudice qualora le inadempienze siano equivalenti fra i contraenti. Di conseguenza, gli inadempimenti reciproci non sono il presupposto per la risoluzione del contratto a meno che un singolo inadempimento prevalga sull'altro. I criteri per valutare l'importanza dell'inadempimento sono due e, precisamente, uno di carattere oggettivo, l'altro di carattere soggettivo. In estrema sintesi, si può ragionevolmente affermare che la risoluzione del contratto è una reazione accordata dall'ordinamento giuridico nei confronti di un turbamento dell'equilibrio sinallagmatico. Di particolare importanza è la differenza tra il ritardo nell'adempimento e l'inadempimento definitivo. La prima situazione è ancora recuperabile e deve, quindi, necessariamente svilupparsi per sfociare nella prestazione di quanto dovuto oppure nell'inadempimento. Al contrario l'inadempimento definitivo preclude al debitore la concreta possibilità di adempiere il contratto. Più in dettaglio, per aversi inadempimento definitivo, l'articolo 1453 codice civile postula che l'inadempienza sia realmente sussistente, colposa e grave, così da giustificare la risoluzione del contratto. Inoltre, in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisce per la risoluzione del contratto, per il risarcimento del danno oppure per l'esatto adempimento della prestazione dedotta nel

regolamento negoziale, deve unicamente provare iuris et de iure la fonte del suo diritto ed il relativo termine di scadenza. Più in dettaglio si deve limitare alla semplice allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte. Invece, il debitore-convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto di avere eseguito in modo soddisfacente l'altrui pretesa ovvero di avere "compiuto" la prestazione dedotta in contratto e, quindi, l'oggetto dell'obbligazione. Infine, il termine prescrizione della risoluzione per inadempimento è quello ordinario di dieci anni, poiché non risulta normativamente espresso un diverso termine speciale (si veda l'articolo 2946 codice civile). Più in dettaglio, la fissazione del dies a quo<sup>10</sup> per il suddetto termine viene calcolata con il decorso del tempo dal momento dell'inadempimento.

In conclusione, si deve affermare anche che la proposizione della domanda di risoluzione del contratto per inadempimento non possiede un'efficacia limitata alle sole parti contrattuali, ma è in grado di dispiegare degli effetti anche nei confronti dei terzi.

## GIURISPRUDENZA

1 Ai fini della risoluzione del contratto di leasing per mutuo dissenso, non è richiesta la forma scritta ad substantiam essendo pertanto al riguardo idonea qualsiasi forma, anche quella tacita. Cassazione civile, sezione III, sentenza 27 novembre 2006, n. 25126

2 Ai fini della risoluzione dei contratti con prestazioni corrispettive a norma dell'art. 1453 codice civile, non basta accertare l'esistenza del fatto oggettivo del mancato o tardivo adempimento, ma occorre, altresì, accertare che l'inadempimento sia imputabile quanto meno a titolo di colpa. Cassazione civile, sezione II, sentenza 22 maggio 1986, n. 3408

3 In ipotesi di inadempimento contrattuale, la parte non inadempiente ha diritto al ristoro di tutti i pregiudizi subiti a causa della condotta della controparte inadempiente, compreso il rimborso delle spese affrontate in vista del proprio adempimento e, specificamente, ove il contratto in questione sia costituito da un preliminare avente ad oggetto il trasferimento di una cosa determinata, gli esborsi sostenuti per la realizzazione di quest'ultima o, comunque, finalizzati a renderla conforme all'oggetto delle pattuizioni contrattuali. Cassazione civile, sezione II, sentenza 31 agosto 2005, n. 17652

4 In tema di inadempimento contrattuale il risarcimento riveste natura e svolge funzione sostitutiva della prestazione mancata e gli effetti della situazione pregiudizievole permangono sino a quando il danno sia risarcito, ossia fino alla data della sentenza se la riparazione sia stata richiesta al giudice, cosicché il pregiudizio derivante dalla mancata acquisizione di un bene deve essere risarcito con la prestazione del suo equivalente in danaro, determinato con riferimento al momento

in cui avviene la liquidazione e non a quello in cui si realizza la violazione contrattuale. Cassazione civile, sezione II, sentenza 29 aprile 2003, n.6651

5 L'adempimento contrattuale che si verifichi dopo la proposizione della domanda di risoluzione del contratto non vale di per sé ad arrestare gli effetti di tale domanda, ma deve essere preso in esame dal giudice perché valuti l'importanza dell'inadempimento stesso, potendo costituire circostanza decisiva a rendere l'inadempimento di scarsa importanza, precludendo la possibilità di risolvere il contratto. Cassazione civile, sezione III, sentenza 1 giugno 2004, n. 10490

6 Nel contratto di appalto, qualora debbano essere realizzate opere contenenti cemento armato, l'obbligo di denunciare all'ufficio del Genio civile competente per territorio le relative opere corredate dai calcoli, grava sull'appaltatore, ai sensi dell'art. 4 della legge n. 1086 del 1971, e non sul committente; ne consegue che costituisce inadempimento di non scarsa importanza, ai fini dell'accoglimento dell'azione di risoluzione contrattuale, il comportamento dell'appaltatore, che inizi i lavori relativi alle opere in cemento armato senza aver provveduto al previo deposito dei calcoli presso il Genio civile e senza fornire alcuna apprezzabile giustificazione in proposito. Cassazione civile, sezione II, sentenza 27 febbraio 2007, n. 4433

7 In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione intellettuale, grava sul professionista la dimostrazione dell'adempimento o dell'esatto adempimento della prestazione, sia sotto il profilo dell'obbligo di diligenza e perizia, sia della conformità quantitativa o qualitativa dei risultati che ne sono derivati, mentre sono a carico del committente l'onere di allegazione dell'inadempimento o dell'inesatto adempimento e la dimostrazione del pregiudizio subito ed il nesso causale tra tale pregiudizio e l'attività del professionista. (Nella specie, relativa a una richiesta di compenso per prestazione odontoiatrica, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito che, nell'accogliere la domanda del medico, aveva posto a carico del cliente soccombente la omessa dimostrazione dell'esistenza di ineliminabili vizi e difformità della protesi oggetto della prestazione e in particolare la mancata contestazione dei vizi mediante un accertamento peritale, considerando irrilevanti le testimonianze addotte per dimostrare le ulcerazioni e i gonfiori alle gengive causate al paziente dall'impianto della protesi). Cassazione civile, sezione II, sentenza 31 luglio 2006, n. 17306

8 L'accertamento della risoluzione del contratto per mutuo dissenso costituisce apprezzamento di fatto del giudice di merito, non censurabile in sede di legittimità in presenza di congrua motivazione. Cassazione civile, sezione III, sentenza 27 novembre 2006, n. 25126

9 In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno ovvero per l'adempimento, deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto "compimento" della prestazione. Tribunale civile di Lodi, sentenza 23 luglio 2006, n. 440

10 In tema di risoluzione del contratto per inadempimento, mentre con l'azione di adempimento la parte chiede la prestazione dovutale, in base all'accordo concluso con il soggetto divenuto inadempiente, con quella di risoluzione chiede lo scioglimento del rapporto; pur presentando diversità di petitum, entrambe dette azioni sono dirette alla tutela del medesimo diritto alla prestazione, con la conseguenza che la proposizione della domanda di adempimento ha effetto interruttivo della prescrizione anche con riferimento al diritto di chiedere la risoluzione del contratto, il quale potrà essere esercitato fino a quando il termine prescrizionale non sarà nuovamente decorso per intero. Cassazione civile, sezioni unite, sentenza 10 aprile 1995, n. 4126

La rescissione del contratto è disciplinata dagli artt. 1447-1452, c.c., e rappresenta un istituto diretto al riequilibrio del sinallagma contrattuale, per ovviare a una situazione di anomala alterazione della libertà negoziale di uno dei contraenti<sup>1</sup>.

### **23. LA RESCISIONE DEL CONTRATTO**

La rescissione può chiedersi per anomalie verificatesi al momento della conclusione dell'accordo, qualora il contratto venga sottoscritto; Essa si differenzia dal recesso che è un atto unilaterale richiesto da una delle parti per giustificata causa e dalla risoluzione perché non presuppone un eventuale accordo tra le parti volto alla risoluzione né un inadempimento. La rescissione può essere chiesta:

1. quando uno dei contraenti o altra persona versa in "stato di pericolo", circostanza conosciuta dalla controparte, che per tale motivo ottiene condizioni contrattuali inique. In tal caso il Giudice, a fronte della domanda di rescissione del contratto da parte della persona che si è obbligata, può, nel pronunciare la rescissione, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata (art. 1447, c.c.);
2. quando una delle parti si trova in "stato di bisogno", di cui la controparte ha approfittato per trarne vantaggio, ed il contratto (non aleatorio né transattivo<sup>2</sup>) prevede una forte sproporzione tra le prestazioni, tale che l'eccedenza tra queste sia almeno pari alla metà. Lo stato di bisogno deve perdurare sino alla proposizione della domanda di rescissione (art. 1448 c.c.).

3. Il contratto concluso in “stato di pericolo” (art. 1447, c.c.).

Nel caso del contratto concluso in stato di pericolo, l'accordo è voluto dal contraente proprio perché strumento per uscire da tale situazione: quello che non è voluto è il contenuto del contratto, ovvero il “quomodo” della stipulazione.

Con “stato di pericolo” si intende una condizione analoga a quella prevista dall'art. 54, c.p., e dall'art. 2045, c.c., se si esclude che allo stato di necessità consegue la anti giuridicità del fatto, lo stato di pericolo si limita a condizionare la volontà contrattuale di una parte a vantaggio dell'altra. Il pericolo deve essere attuale (essersi già verificato ed esistente al momento della stipulazione, non potenziale, e deve riguardare una persona, non potendo rilevare qualora abbia ad oggetto una cosa. Ancora, il pericolo deve essere grave e causa efficiente della contrattazione, ovvero (i) la parte in pericolo deve trovarsi di fronte alla alternativa di subire il danno o di stipulare il contratto a determinate condizioni (svantaggiose) e (ii) la controparte deve essere al corrente di tale situazione. Non è necessario che il pericolo - cagionabile da un fatto naturale o da un atto umano - sia inevitabile, né che non dipenda da una (pregressa) azione del contraente che lo subisce<sup>7</sup>, o che il comportamento di quest'ultimo presenti caratteri di proporzionalità con il pericolo a cui (lui o un terzo) è sottoposto.

Secondo una recente pronuncia della Corte di Appello di Bologna (Sez. lavoro, sentenza del 12/01/068) lo stato di necessità (o lo stato di bisogno, ex art. 1448, c.c.) non consente di pervenire ad una diversa qualificazione del rapporto contrattuale, ma può solo legittimare, qualora ricorrano tutte e condizioni necessarie, la rescissione del contratto medesimo. Ancora, l'art. 1447, c.c. (e l'art. 1448, c.c.), non è applicabile, neppure in via analogica, alle dimissioni, dovendo queste ritenersi un atto unilaterale del lavoratore non implicante alcuna prestazione in favore del datore di lavoro

Il contratto concluso in “stato di bisogno” (rescissione per lesione - art. 1448, c.c.).

L'azione di rescissione ex art. 1448 c.c., richiede la simultanea ricorrenza di tre requisiti, ovvero (i) l'esistenza di uno stato di bisogno, che costituisca il motivo della accettazione della sproporzione fra le prestazioni da parte del contraente danneggiato, (ii) l'aver la controparte avvantaggiato tratto profitto dall'altrui stato di bisogno del quale era consapevole, (iii) l'eccedenza di oltre la metà della prestazione rispetto alla controprestazione. In questa seconda ipotesi di rescindibilità del contratto si evidenzia dunque una maggiore rilevanza del profilo oggettivo dell'equilibrio delle prestazioni (prezzo inferiore alla metà del valore). I tre presupposti devono essere contemporaneamente presenti alla conclusione del contratto: tra essi non intercorre un rapporto di subordinazione o priorità, per cui, riscontrata la mancanza di uno di

essi, l'azione è inammissibile. Tuttavia, l'accertamento della sproporzione fra le reciproche prestazioni può rivestire carattere preliminare alla valutazione dell'esistenza sia dello stato di bisogno che dell'approfittamento, considerando che è proprio dalla constatata sproporzione che si possono trarre elementi presuntivi in ordine alla sussistenza degli altri due elementi.

Lo "stato di bisogno". Per quanto attiene al primo dei requisiti di cui supra, esso si distingue dallo stato di pericolo in termini di natura degli interessi: nel caso dello stato di bisogno sono di carattere patrimoniale, lo stato di pericolo presuppone la lesione di interessi di carattere personale. Lo stato di bisogno non coincide necessariamente con l'indigenza o con una pressante esigenza di denaro, essendo sufficiente una deficienza di mezzi pecuniari, anche contingente, una semplice difficoltà economica, una carenza di liquidità di carattere transitorio, anche causata dallo stesso contraente. La difficile situazione economica – purché, come detto, in rapporto di causalità con l'atto vantaggioso per l'altro contraente - può anche essere familiare<sup>16</sup>, o ricollegarsi alla mancanza di un bene che non sia denaro, quando tale mancanza comporti anche un danno di carattere patrimoniale: in sostanza lo stato di bisogno va rapportato al bene (necessità di denaro liquido o altra cosa oggetto della controprestazione) che il soggetto ha mirato a conseguire con il contratto. Ciò che rileva è che tale contingenza economica sfortunata, oltre che essere oggettiva, abbia costituito il concreto impulso alla conclusione del contratto svantaggioso, e si rifletta non solo sulla situazione psicologica del contraente, inducendolo ad una meno avveduta cautela derivante da una minorata libertà di contrattazione, ma anche sul suo patrimonio, sì da determinare, in rapporto di causa ed effetto, una situazione di lesione ingiusta. In mancanza del rapporto di causa effetto tra lo stato di bisogno e la determinazione a contrarre, la situazione di difficoltà sarà considerabile solo come una semplice possibilità di libera scelta dei mezzi rispetto ai fini, alla mera esigenza della realizzazione più conveniente del fine perseguito presente in ogni negozio. Lo stato di bisogno deve dunque costituire il motivo dell'accettazione della sproporzione fra le prestazioni da parte del contraente danneggiato, e deve creare un nesso di strumentalità tale da incidere sulla libera determinazione del contraente: la stessa contrattazione deve presentarsi come necessaria. E' infatti essenziale che il soggetto che accetta una controprestazione a suo svantaggio non si trovi in una situazione di ordinaria libertà contrattuale, ma di cogente bisogno del bene da conseguire. Il contraente in stato di bisogno può essere anche una persona giuridica: l'art. 1448, c.c. prescinde dalla qualità e dalla natura del soggetto del cui stato l'altra parte abbia approfittato<sup>20</sup>. Anche una eredità giacente può essere il contraente "debole", in caso di assenza di liquidità patrimoniale: in quest'ultimo caso lo stato di bisogno va valutato in funzione del patrimonio ereditario. Nel caso di patrimoni amministrati da un soggetto diverso dal loro titolare, sussisterà lo stato di bisogno a fronte di una

obiettiva difficoltà economica del patrimonio per la mancanza, anche temporanea, di liquido, che ha condotto l'amministratore a vendere a condizioni svantaggiose per procedere al pagamento dei debiti gravanti sul patrimonio ed evitare imminenti azioni esecutive da parte dei creditori.

L'approfittamento consapevole della controparte. Altro elemento essenziale ai fini della ammissibilità dell'azione di rescissione del contratto per lesione è che la controparte, consapevole dell'altrui stato di bisogno, ne abbia tratto profitto. Sul punto, la giurisprudenza ha avuto occasione di precisare che può ritenersi accertato l'elemento dell'approfittamento anche in mancanza di una specifica attività posta in essere dal contraente avvantaggiato allo scopo di promuovere o sollecitare la conclusione del contratto<sup>23</sup>, o di una situazione tale da indurre a ritenere che la conoscenza dello stato di bisogno della controparte abbia costituito lo stimolo psicologico a contrattare: l'elemento soggettivo che caratterizza la rescissione per lesione è infatti costituito dal consapevole proposito di avvantaggiarsi dello stato di bisogno altrui<sup>24</sup>.

Secondo Cass. Civ., 24/02/79, n. 122725, è irrilevante il fatto che il contraente leso sia consapevole della negatività dell'affare concluso, o che l'offerta provenga dal contraente leso senza che l'altra parte abbia svolto alcuna attività intesa a sollecitarne la stipula, essendo sufficiente che egli abbia profittato della situazione, a lui nota, della limitata libertà contrattuale dell'altra parte, consentendo alla stipulazione di un contratto a prestazioni inique (misura eccedente la metà del valore) con suo consapevole vantaggio. Per il Tribunale di Milano (sentenza del 12/02/96<sup>26</sup>) può ipotizzarsi l'approfittamento anche nel caso in cui sussista un unico offerente, ma non nel caso in cui più soggetti siano in grado di fornire la medesima prestazione a costi concorrenziali.

L'eccedenza della prestazione. L'art. 1448, c.c., richiede che la lesione subita con la stipulazione del contratto sia ultra dimidium: è fatto salvo il caso della rescissione della divisione ereditaria (art. 763, c.c.), che può essere rescissa quando uno dei coeredi sia leso per una misura eccedente il quarto dei propri diritti. Per la valutazione quantitativa dello squilibrio tra le prestazioni, al fine di valutare se essa sia pari (almeno) alla metà del valore di una di esse, si deve fare riferimento a criteri oggettivi di mercato, con riferimento al valore delle prestazioni al momento della conclusione del contratto, avuto riguardo non solo alla prestazione principale ma anche a quelle accessorie ed alle modalità di adempimento, tenendo conto anche del risultato conseguito dalla controparte (es.: l'acquisto di azioni che permettono di controllare una società).

L'inammissibilità della rescissione per lesione dei contratti aleatori. L'art. 1448, comma IV, c.c., dispone che non possono essere rescissi per lesione i contratti aleatori,

ovvero quando l'alea, per specifica pattuizione delle parti o per la natura stessa del negozio, lo caratterizza nella sua interezza e fin dalla sua formazione, così da rendere radicalmente incerto, per una o per tutte le parti, il vantaggio economico in relazione al rischio cui le stesse si espongono<sup>27</sup>. Non necessita, perciò, per poter qualificare tale un contratto, l'elemento della cosiddetta "bilateralità" dell'alea, potendosi considerare aleatorio anche un accordo nel quale l'alea sia a carico esclusivo di una sola delle parti, mentre l'altra ha la possibilità di trarre dal contratto soltanto vantaggi. Sulla base di tale interpretazione, è stato ritenuto che la vendita del diritto di usufrutto non sia un contratto aleatorio, bensì commutativo, in quanto il valore del diritto oggetto dello stesso è determinato in modo obiettivo sulla base di coefficienti rapportati alla vita dell'usufruttuario e secondo un meccanismo di calcolo stabilito dalla legge.

## GIURISPRUDENZA IN TEMA DI ALEATORIETA' DEL CONTRATTO

- Secondo Cass. Civ., Sez. I, 31/05/86, n. 369430, deve considerarsi aleatorio il contratto in base al quale sia dovuta una prestazione periodica a carico di una parte ed a favore dell'altra sino alla morte di quest'ultima e dei suoi eredi, dal momento che la morte dei beneficiari prima della scadenza del termine comporta pur sempre l'estinzione della prestazione dell'obbligato.
- Anche il contratto di mantenimento è contraddistinto dall'aleatorietà, per la non prevedibile sproporzione tra il valore delle contrapposte prestazioni, che pone entrambi i contraenti in una situazione di incertezza economica, in quanto il vantaggio e la relativa perdita economica rimangono collegati all'imprevedibile durata della sopravvivenza del vitaliziato.
- Non è aleatorio un contratto di cessione di partecipazioni sociali in cui ciascuna delle parti, all'atto del perfezionamento del contratto, ha avuto la possibilità di valutare il proprio rispettivo sacrificio e vantaggio, ed il bene alienato è rappresentativo di un diritto commisurato all'obiettiva consistenza di un patrimonio suscettibile di verifica e di stima.

Il termine di prescrizione dell'azione di rescissione (art. 1449, c.c.).

L'azione di rescissione si prescrive in un anno dalla conclusione del contratto: la rescindibilità non può essere opposta in via di eccezione quando è prescritta. Il termine annuale di prescrizione deve essere coordinato con la regola generale – ex art. 2935, c.c. - che fa decorrere ogni termine di prescrizione solo dal momento in cui il diritto può essere fatto valere, e non è pertanto applicabile ai contratti sottoposti a condizione sospensiva, per i quali il termine decorrerà solo dalla verifica dell'evento da cui dipendono gli effetti del contratto e, per la rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, dalla concreta operatività delle condizioni inique che, con l'azione di rescissione, si vogliono rimuovere.

E' discusso se il termine di prescrizione stabilito dall'art. 1449 c. c., in caso di contratto preliminare, decorra dalla stipula del contratto definitivo<sup>35</sup> o da quella del precedente contratto preliminare<sup>36</sup>. La rescissione del contratto preliminare che non sia stata fatta valere nel termine di un anno dalla sua conclusione può comunque essere chiesta nel giudizio promosso dalla controparte per l'esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il contratto definitivo: il pregiudizio derivante dallo squilibrio delle prestazioni, che è allo stato potenziale nel contratto preliminare, diviene infatti attuale quando viene chiesto che sia concluso alle stesse condizioni il contratto definitivo

Il termine di prescrizione dell'azione di rescissione è quello di cui all'art. 2947, u.c., c.c. se il comportamento della controparte integra gli estremi del reato. In tale caso, qualora venga proposta l'azione di rescissione in sede civile successivamente al decorrere di un anno dalla stipula del contratto, il giudizio verrà sospeso in attesa che venga concluso, il procedimento penale. Se il reato verrà dichiarato estinto senza l'accertamento della responsabilità dell'imputato (es.: per amnistia), sarà facoltà del giudice civile stabilire in via incidentale, per la fissazione del termine di prescrizione da applicare, se il comportamento dell'altra parte possa qualificarsi come reato. Dal necessario coordinamento tra l'art. 1449 e l'art. 2947, c.c., si evince che, a fronte della sussistenza di un reato a fondamento della domanda di rescissione, ed intervenuta l'estinzione del reato per causa diversa dalla prescrizione o la definizione del processo penale con sentenza irrevocabile, l'azione di rescissione torna ad essere assoggettata alla normale prescrizione di un anno, con decorrenza, però, rispettivamente, dalla data di estinzione del reato o dalla data in cui la sentenza del giudice penale è divenuta irrevocabile<sup>38</sup>.

L'offerta di modificazione del contratto (art. 1450, c.c.).

Qualora la parte che ha stipulato il contratto in stato di pericolo o di bisogno chieda la rescissione del contratto, l'altro contraente può evitarla offrendo una modificazione - non necessariamente pecuniaria - del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità. L'offerta di modifica del contratto è un atto unilaterale recettizio, per gli effetti del quale non rileva la volontà del contraente che ha subito il danno: essa costituisce una dichiarazione di volontà negoziale che può essere formulata anche con domanda giudiziale. La concreta valutazione sull'equità dell'offerta deve riferirsi al momento in cui essa viene fatta, con le ovvie conseguenze in termini di interessi legali, decorrenti dalla conclusione del contratto, e tenendo conto della svalutazione monetaria.

L'offerta di "reductio ad aequitatem" deve essere puntuale, ma non richiede l'esatta indicazione delle clausole e dei limiti entro cui debbano essere modificate, potendo rimettersi al giudice la concreta individuazione delle modifiche: è tuttavia necessario, al fine di impedire la pronuncia di rescissione, che l'offerta presenti un minimo di specificazione, onde consentire al giudice di valutarne l'adeguatezza

E' da ricordare che il giudice, dopo aver accertato che sussisterebbero i presupposti per la rescissione del contratto, può solo accertare se l'offerta sia idonea a ricondurre ad equità il contratto: in caso negativo egli non potrà intervenire modificandola, salvo che l'offerente chieda espressamente<sup>44</sup> che egli rivesta anche il ruolo di arbitratore.

Gli effetti della rescissione rispetto ai terzi (art. 1452, c.c.). A differenza di quanto previsto in tema di annullamento, che per espressa indicazione dell'art. 1445, c.c., fa salvi i diritti dei terzi solo se acquistati a titolo oneroso ed in buona fede, se il contratto è rescisso i diritti dei terzi sono sempre tutelati, pur se ottenuti a mezzo di un atto a titolo gratuito ed in mala fede. L'unico limite, comune all'annullamento, è in caso di diritti sui beni immobili e mobili registrati, che dipende dalla priorità della trascrizione dell'acquisto rispetto alla domanda di rescissione

L'azione di rescissione. Il contratto rescindibile produce effetti provvisori ma essi si consolidano solo a seguito della prescrizione dell'azione, essendo inammissibile un atto di convalida. Conseguenza della inammissibilità della convalida del contratto rescindibile è l'irrinunciabilità della corrispondente azione di rescissione.

Il recesso del contraente non inadempiente produce l'estinzione del contratto, come la risoluzione per inadempimento. La sentenza che pronuncia la rescissione ha carattere costitutivo ed elimina gli effetti ex tunc, costringendo le parti a procedere alle necessarie restituzioni. Con riferimento ai rapporti tra l'azione di annullamento del contratto per violenza (art. 1434 c.c.) e quella di rescissione per lesione, la giurisprudenza ha precisato che, stante la loro differenza di petitum che di causa petendi, se viene proposta la domanda di rescissione per lesione, la proposizione della domanda di annullamento per violenza è inammissibile in appello per il suo carattere di novità (art. 345 c.p.c.), atteso che il profilo della violenza non può ritenersi compreso nel tema di indagine introdotto dall'azione di rescissione, avente ad oggetto l'approfittamento dello stato di bisogno in cui versò il contraente più debole, per ciò indotto a concludere un negozio lesivo dei propri interessi. Ugualmente, non costituisce una mera modifica della domanda di rescissione per lesione la richiesta nel corso di un giudizio della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità. Le due azioni, infatti, differiscono sia nel petitum che nella causa petendi, facendosi valere, con la prima, la rilevanza attribuita dall'ordinamento a una ingente sproporzione tra le prestazioni corrispettive di un contratto a causa dello stato di bisogno di una parte di cui l'altra abbia consapevolmente approfittato e, con la seconda, l'interesse di temperare gli interessi delle parti di un contratto a esecuzione continuata, periodica o differita in caso di un sopravvenuto eccessivo squilibrio tra le reciproche prestazioni. Secondo Cass. Civ., Sez. III, 23/11/00, n. 1513949, l'avvenuta notifica del preliminare al proprietario confinante avente diritto alla prelazione, effettuata dal promittente venditore convenuto in giudizio per l'esecuzione coattiva del preliminare,

non implica rinuncia alla rescissione del contratto fatta valere, in riconvenzionale, nei confronti dell'originario promissario acquirente.

## **24. L'interpretazione del contratto**

Art. 1362 – 1371 c.c.

L'interpretazione del contratto è quel procedimento al quale è chiamato il giurista ed in particolare il giudice, al fine di attribuire il corretto significato alla pattuizione che intercorre tra le parti e alla determinazione dell'intento pratico perseguito dalle stesse.

La disciplina giuridica dell'interpretazione del contratto è contenuta al Capo IV "Dell'interpretazione del contratto" del Titolo II "Dei contratti in generale" del Libro IV "Delle Obligazioni" del Codice Civile, dall'articolo 1362 all'articolo 1371.

L'interpretazione del contratto ha l'obiettivo di individuare con precisione gli effetti giuridici dell'accordo raggiunto dalle parti e viene definita come una serie di regole procedurali attraverso le quali si applicano i criteri che l'interprete deve osservare per attribuire un corretto significato al testo interpretato. Il senso delle parole o di più frasi, contenute in un contratto, può dare luogo a controversie sul loro effettivo significato, rendendo necessario appurare il significato che i contraenti hanno inteso dare, e per questo è opportuno individuare criteri legali specificamente diretti all'interpretazione dello stesso. Queste regole, che, come sopra scritto, si trovano nel libro quarto del codice civile agli artt. 1362-1371, hanno come proprio scopo quello di dirigere il procedimento rivolto alla attribuzione di un significato al testo contrattuale.

Le norme dettate per l'interpretazione hanno la natura di precetti giuridici vincolanti. I destinatari di questa normativa che detta le direttive sono sia il giudice sia coloro che siano interessati agli effetti del contratto che si vuole interpretare, e sono criteri che vincolano le parti, perché dal testo contrattuale deducono i diritti che a loro spettano o le obbligazioni che a loro derivano, e sonocriteri dei quali si avvale il giudice quando è controversa tra le parti l'interpretazione del contratto sul quale è sorta controversia in giudizio.

Il giudice di merito, nelle sue determinazioni, non è vincolato dall'interpretazione o dalla qualificazione che le parti hanno dato o danno al contratto. A norma degli artt. 1362 e seguenti del codice civile, il contratto si deve interpretare in modo da individuare la comune intenzione delle parti. L'oggetto dell'interpretazione non è la puntuale ricostruzione storica della volontà degli stipulanti, ma quello che appare oggettivamente voluto che risulti dalla formulazione dello stesso.

Una prima questione riguarda la comprensione di che consista la comune volontà dei contraenti. L'altro aspetto consiste nell'individuare altri criteri, se presenti, ai quali

fare ricorso ai fini della qualificazione se la volontà delle parti non sia accertabile o non risulti chiara. È importante notare che a seconda delle diverse concezioni del contratto, si manifestano diverse posizioni su quale possa essere la diversa ampiezza che spetta all'attività ermeneutica.

In base ad una concezione un tempo dominante, di impronta giusnaturalistica, la cosiddetta dottrina psicologica, si riteneva che il contenuto della comune volontà delle parti che l'interprete doveva accertare consistesse in una volontà in senso psicologico, cioè nella volontà storica delle parti del contratto. Per individuare la volontà così intesa, il giudice doveva interpretare il negozio con l'aiuto di regole puramente logiche, senza utilizzare norme legali funzionali alla ricostruzione della realtà storica.

Un altro indirizzo teorico, la cosiddetta dottrina obiettiva, individuava la comune intenzione delle parti nel valore oggettivo del contratto, riconoscibile dalle conformi dichiarazioni e condotta delle parti, anche successive alla stipula dello stesso. Se si ritiene che oggetto dell'interpretazione sia la volontà negoziale, l'attività dell'interprete dovrà essere indirizzata alla ricerca di questo volere interiore, che si manifesta nell'accertamento del fatto psichico, o del percorso psicologico di formazione della volontà. Al contrario, se si ritiene che l'interpretazione debba interessare prevalentemente il comportamento esteriore, per come si è manifestato nel dato testuale e in ogni manifestazione esterna rilevante, essa tenderà a manifestarsi come un giudizio sul significato esteriore del negozio.

La prima tesi disconosce la realtà sociale dell'accordo, la seconda rischia di sacrificare la reale determinazione delle parti, perché utilizza criteri di valutazione che consentono una visione completamente esterna del contratto.

Secondo una tesi mediana, il significato della comune volontà delle parti, oggetto del procedimento di interpretazione, deve essere ricondotto alla determinazione del senso giuridicamente rilevante della dichiarazione contrattuale, condotta alla stregua della norma giuridica, la quale ha il compito di fissare l'oggetto di questa ricerca.

L'orientamento della Corte di Cassazione è nel senso che l'indagine sulla comune volontà dei contraenti non deve avere come proprio obiettivo la ricerca e verifica dell'integrale intenzione storica posta in essere da ognuno di essi, ma deve tendere a cogliere le rispettive intenzioni che sono amalgamate, andando a formare quella comune volontà che costituisce legge del contratto.

### **MASSIMA IMPORTANTE**

**CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. III CIVILE - SENTENZA 23 giugno 2014, n.14206**

In tema di interpretazione del contratto, ai fini della ricerca della comune intenzione dei contraenti, il primo e principale strumento è rappresentato dal senso letterale delle parole e delle espressioni utilizzate, con la conseguente preclusione del ricorso ad altri criteri interpretativi, quando la comune volontà delle parti emerga in modo certo ed immediato dalle espressioni adoperate e sia talmente chiara da escludere la ricerca di una volontà diversa; precisandosi, poi, che il rilievo da assegnare alla formulazione letterale va verificato alla luce dell'intero contesto contrattuale, considerando le singole clausole in correlazione tra loro, a norma dell'art. 1363 cod. civ.

Una parte della dottrina ritiene che la funzione dell'interpretazione vada individuata nella ricerca del significato giuridicamente rilevante, nella costruzione della fattispecie giuridica contrattuale e nega all'interpretazione la funzione di ricostruzione della volontà delle parti come dato storico. Nella ricerca del significato da attribuire al contratto, in base al fatto che le norme sull'interpretazione hanno natura giuridica, l'interprete che ricorra al loro utilizzo si deve attenere all'ordine gerarchico riconosciuto dalla giurisprudenza e largamente accettato dalla dottrina prevalente.

I criteri d'interpretazione stabiliti dalle norme sono di duplice ordine.

**Criteri di interpretazione soggettiva** Gli artt. 1362-1365 del codice civile, prevedono quelli che sono definiti criteri di interpretazione soggettiva, perché diretti alla ricerca della comune intenzione delle parti.

**Criteri di interpretazione oggettiva** Gli artt. 1366-1370 del codice civile, dettano i criteri di interpretazione oggettiva. Si rifanno al concetto di buona fede o altri criteri che non si riconducono alla comune volontà delle parti. Questi criteri si attivano se si dovesse avere insuccesso della ricerca della volontà in concreto ed impongono all'interprete di ricercare il significato obiettivo della dichiarazione negoziale.

In termini di priorità, nell'interpretazione del contratto prevalgono i criteri soggettivi rispetto ai criteri di interpretazione oggettiva. La ricerca del significato del contratto deve iniziare con l'applicazione dei criteri soggettivi contenuti nell'art. 1362 del codice civile, che al comma 1 afferma che "nell'interpretare il contratto, si deve indagare quale sia stata la comune intenzione delle parti, e non limitarsi al senso letterale delle parole". La giurisprudenza di Cassazione, interpretando questa norma, non arriva ad una conclusione univoca sostenendo le seguenti due tesi. Il primo orientamento ritiene che il senso letterale delle parole è criterio fondamentale e prioritario, pervenendo al risultato secondo il quale dove le espressioni usate nel contratto siano di chiaro ed inequivoco significato, la ricerca della comune volontà debba essere esclusa. Questo orientamento si rifà all'antico brocardo in claris non fit interpretatio. Il secondo

orientamento ammette che il giudice non può non tenere conto della ricerca della comune intenzione delle parti, rispetto alla quale il senso letterale delle parole adoperate dai contraenti si pone come il primo degli strumenti di interpretazione. Da questo lato angolazione l'orientamento ritiene che la ricerca della comune intenzione delle parti si può dire conclusa, ma non esclusa, quando le espressioni usate siano di chiaro e univoco significato. Un criterio per individuare, al di là delle parole, la reale intenzione delle parti è dato da una ulteriore direttiva interpretativa, indicata dall'art. 1362 comma 2 del codice civile, secondo la quale si deve valutare il comportamento complessivo delle parti, anche posteriore alla conclusione del contratto. Sulla base di questo criterio si considera come comportamento anteriore, la corrispondenza che è intercorsa tra le parti durante le trattative o, se si tratta di interpretare un contratto definitivo, si possono trarre delle valide indicazioni dal contratto preliminare, anche se il primo resta l'unica fonte di diritti ed obbligazioni tra le parti. Per quello che riguarda il comportamento posteriore, può assumere rilievo la condotta posta in essere dalle parti in attuazione del contratto. Se queste in sede di esecuzione hanno costantemente attribuito un dato significato al negozio, una di esse non potrà successivamente pretendere che le parole del contratto vadano interpretate in maniera diversa.

Gli articoli 1363 – 1365 del codice civile prevedono ulteriori criteri soggettivi. L'articolo 1363 del codice civile stabilisce che bisogna interpretare le singole clausole le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il significato che risulta dal complesso dell'atto. In questo modo la comune volontà delle parti viene accertata considerando il negozio nel suo insieme, e il significato letterale di una parte del contratto può apparire contrario all'intenzione delle parti se la clausola viene letta e interpretata alla luce del regolamento negoziale nel suo insieme.

L'art. 1364 del codice civile prevede che le espressioni usate, comprendano esclusivamente gli oggetti sui quali le parti si sono proposte di contrattare.

L'art. 1365 del codice civile prevede il caso espresso al fine di fornire un esempio non fa presumere l'esclusione dei casi non espressi.

Quando la volontà delle parti non si possa accertare o non risulti univoca, l'interprete si può avvalere dei criteri di interpretazione previsti dagli artt. 1365 – 1371 del codice civile, detti anche criteri di interpretazione oggettiva.

Secondo l'articolo 1366 del codice civile, l'interpretazione si deve condurre secondo buona fede, imponendo all'interprete di dare al contratto il significato che gli attribuirebbero i contraenti corretti e leali. Questo criterio può portare a dare al contratto un significato diverso dal significato testuale delle espressioni che in esso

sono contenute, e questo diverso significato è quello che al contratto darebbero le parti se fossero leali e corrette.

In osservanza del principio della conservazione del contratto, il negozio e le clausole in esso contenute, nel dubbio, si devono interpretare nel senso nel quale possono avere qualche effetto, anzi che in quello in base al quale non ne avrebbero nessuno, (ex articolo 1367 del codice civile).

Le clausole ambigue si devono interpretare in conformità degli usi locali, (ex articolo 1368 del codice civile).

Le espressioni aventi più sensi si interpretano nella maniera maggiormente conforme alla natura del contratto, (ex articolo 1369 del codice civile).

In riferimento alle clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti, se il loro significato risulti dubbio si interpretano a favore della parte che non le ha apposte, (ex articolo art. 1370 del codice civile).

Se nonostante l'applicazione delle regole esposte, il negozio rimanga oscuro, questo deve essere inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se è a titolo gratuito, e nel senso che realizzi l'equo temperamento degli interessi delle parti se è a titolo oneroso, (ex articolo art. 1371 del codice civile).

## **25. RESPONSABILITA' CONTRATTUALE del debitore**

Il risarcimento del danno

Il debitore che non provveda ad eseguire esattamente la prestazione dovuta determina un inadempimento, il quale genera una responsabilità che – in posizione antitetica a quella “aquiliana” o extracontrattuale – si denomina, impropriamente, “contrattuale”.

Il primo fondamentale principio posto dal codice civile all'art. 1218 fa dell'inadempimento un fatto oggettivo: alla mancata o inesatta esecuzione della prestazione consegue la responsabilità del debitore. Autorevole dottrina ha precisato che una regola idonea a ricondurre l'inadempimento ad una soluzione unitaria e circoscritta nell'ambito dell'art. 1218 c.c. sia difficilmente configurabile in ragione delle differenti fonti (negoziali o no), delle caratteristiche della prestazione o del suo oggetto, della qualità o veste professionale rivestita dai soggetti; la previsione delle clausole generali (artt. 1176 e 1218 c.c.) da parte dell'ordinamento ha consentito di adeguare la regola astratta alla peculiarità del caso di specie. Finché permane l'oggettiva possibilità della prestazione, il debitore è comunque responsabile. Con quest'ultimo principio, tuttavia, concorre quello per il quale il debitore è legittimato a provare che la mancata esecuzione della prestazione sia stata determinata da

impossibilità sopravvenuta della prestazione e che quest'ultima derivi da causa a lui non imputabile].

L'art. 1218 c.c. dispone infatti: "Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile".

L'individuazione del limite della responsabilità debitoria nell'impossibilità della prestazione conferma che, con la disposizione in oggetto, il legislatore del 1942 intese codificare la linea dottrinale che, fin dalla vigenza del codice civile precedente, propugnava una teoria rigorosamente oggettiva della responsabilità per inadempimento. Nel pensiero di Giuseppe Osti, infatti, l'impossibilità della prestazione era configurata come oggettiva e assoluta. Ad avviso dell'autore è oggettiva "l'impossibilità costituita da un impedimento inerente alla intrinseca entità di tale contenuto della prestazione", che dunque assume rilevanza in relazione alla stretta correlazione tra la prestazione e l'impedimento. L'altro requisito è rappresentato dalla absolutezza che si sostanzia nell'impedimento che "non può in nessun modo essere vinto dalle forze umane"; in questa manifestazione rileva il sacrificio, lo sforzo richiesto al debitore per superare l'impedimento. La tesi di Osti può quindi essere racchiusa nella breve formula (da egli stesso elaborata): "finché la prestazione è in senso oggettivo e assoluto possibile il debitore è responsabile per il solo fatto dell'inadempienza; quando la prestazione divenuta oggettivamente e assolutamente impossibile, il debitore non è responsabile se non a condizione che possa essergli imputata a colpa quella sopravvenuta impossibilità".

La recezione, da parte del Codice del 1942, di tale impostazione dottrinale è confermata, non solo dalla previsione dell'art. 1218 c.c., ma anche dalla Relazione al Codice n. 571, in base alla quale: "L'art. 1218 [...] subordinando l'esonero da responsabilità alla condizione che l'inadempimento o il ritardo siano stati determinati da impossibilità della prestazione, ha voluto mettere in evidenza che deve trattarsi di impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata: di guisa che non può, agli effetti liberatori, essere presa in considerazione l'impossibilità di adempiere originata da cause inerenti al debitore o alla sua economia, che non siano obiettivamente collegate alla prestazione dovuta". L'articolo menzionato è ritenuto da molti una norma assai problematica, che prima di ogni altra deve essere coordinata con una norma parimenti oggetto di costante dibattito dottrinale:

**l'art. 1176 c.c.**

**Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia (1).**

**Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata**

Il primo comma dell'articolo menzionato in precedenza, dispone che: "Nell'adempire l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia". Ciò permetterebbe di individuare anzitutto quale debba essere il comportamento del debitore nell'attuazione del rapporto obbligatorio e, in secondo luogo, di qualificare una impossibilità oggettiva di eseguire l'obbligazione in ragione del criterio della diligenza]. Il criterio della diligenza, però, non assurge a parametro generale di esonero della responsabilità da inadempimento: deve essere configurato invece come "regola tecnica che misura la qualità dello sforzo richiesto dal debitore nell'esecuzione della singola prestazione nonché nell'evitare, prevedere o prevenire le cause dell'impossibilità della prestazione".

Secondo taluni, l'inosservanza del criterio della diligenza costituirebbe la c.d. "colpa lieve".

L'idea della necessaria correlazione tra colpa e responsabilità è stata criticata da una parte autorevole della dottrina. La ragione risiede nella "assoluta superfluità della colpa in seno al meccanismo della responsabilità contrattuale". La colpa, secondo questa impostazione dottrinale, funge da criterio di imputazione della responsabilità aquiliana, la quale non ha nulla di più solido su cui poggiare di una mera interferenza occasionale, mancando, dunque, una struttura corposa su cui innestare la responsabilità stessa; diversamente, nella responsabilità ex contractu, il fondamento solido c'è e risiede nell'instaurazione del rapporto obbligatorio, che peraltro permette la preventiva individuazione del soggetto cui attribuire la responsabilità derivante dal mancato o inesatto adempimento]. A tutto ciò va aggiunto l'errore sulla doppia valenza assunta dal concetto di diligenza, che ha generato un "groviglio di fraintendimenti" sul tema: nella prima accezione come criterio di imputazione e nella seconda proiezione come parametro di determinazione del contenuto dell'obbligazione. Questa doppia rilevanza è stata evidenziata da Luigi Mengoni, il quale ne ha rintracciato un riferimento nell'art. 1176 c.c.: nel primo comma come diligenza in senso proprio; nel secondo comma come perizia, cioè come "criterio di determinazione per relationem del contenuto dei rapporti obbligatori". Sul tema la dottrina non è pacifica e per lo più la perizia viene equiparata alla diligenza e il secondo comma dell'art. 1176 c.c. viene considerato una specificazione del primo.

**Art. 1175 c.c.**

**Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza**

L'art. 1218 c.c. deve essere coordinato altresì con l'art. 1175 c.c. che impone il reciproco dovere di correttezza e determina ciò che il creditore può pretendere e ciò che il debitore deve eseguire. Il ruolo sempre più rilevante assunto dal principio generale di buona fede ha inciso sul concetto di prestazione, determinandone una revisione critica che ha indotto la dottrina ad assimilare l'impossibilità sopravvenuta alla ineseguibilità della prestazione. La questione alla quale la dottrina ha voluto dare una risposta si sostanzia nella possibilità che le norme, contenute nel libro delle obbligazioni e ispirate al principio di buona fede, siano idonee ad autorizzare una equiparazione tecnica tra impossibilità ed inesigibilità della prestazione. La questione è stata affrontata precisando che "non si tratta [...] di equiparare alla impossibilità una difficoltà eccessiva di adempiere, ma di stabilire in quali casi il principio della buona fede svolga una funzione di integrazione del contenuto della prestazione, fondando obblighi di protezione e correttezza a carico di entrambe le parti nell'esecuzione del rapporto obbligatorio, sì da escludere l'esigibilità di prestazioni che potrebbero essere realizzate solo con mezzi che non possono dirsi connaturati alla prestazione stessa".

Il criterio dell'inesigibilità secondo buona fede è stato veicolato in qualche modo come criterio di giudizio dell'abuso del diritto: il creditore che pretende una prestazione inesigibile alla stregua della buona fede, configura un esercizio abusivo del suo diritto

## **26.LA CATEGORIA GIURISPRUDENZIALE DELL'ABUSO DEL DIRITTO ANCHE NEI RAPPORTI BANCARI**

Se da un lato è vero che il titolare di una posizione giuridica soggettiva è libero sul se attivare o meno la propria pretesa, libertà tutelata dall'ordinamento è pur vero che tale libertà ha subito lo scorso secolo una rilettura in chiave di rilevanza sociale. Non vale più, dunque, il principio qui suo jure utitur neminem laedit, di stampo liberale la valorizzazione degli obblighi di solidarietà sociale e di civile convivenza, da cui sorge il c.d. abuso del diritto. Formulazione quest'ultima che ha suscitato non pochi dibattiti, definita da parte di autorevole dottrina un vero e proprio ossimoro. È stato quindi necessario trovare il modo di rendere possibile la convivenza tra libertà ed abuso

La teorica dell'abuso della libertà contrattuale nasce e si sviluppa dunque a fronte dell'abbandono della visione liberale classica dei rapporti economici e per l'ormai inadeguatezza del principio di eguaglianza formale a garantire la giustizia del contratto[5] L'abuso è senza dubbio un limite esterno alla libertà ed è uno strumento proprio della giurisprudenza utilizzato per dare "coerenza esterna al sistema nel suo complesso considerato" L'abuso del diritto, quindi, si presenta strettamente correlato ai principi di buona fede e di correttezza, quasi riportando il sistema alla definizione di Celso per cui il diritto era "ars boni et equi" ed il suo oggetto avrebbe necessariamente dovuto tendere all'aequitas, ossia al raggiungimento della migliore

soluzione possibile in concreto (e, aggiungiamo non contrastante, nemmeno indirettamente, con l'ordinamento ed i suoi principi).

In realtà, l'esigenza di definire i contorni del diritto, perché il suo utilizzo non divenisse contrario ai principi dell'ordinamento, era presente già in Platone (Politico) e Aristotele (Etica Nicomachea) che individuarono nell'equità il correttivo del giusto legale, esperienza che nel diritto romano troveremo nel concetto di bona fides. In realtà il concetto di abuso del diritto non è entrato in modo evidente e marcato nel nostro codice civile, anzi, l'epoca illuministica ne ha compromesso, direi definitivamente la sua positivizzazione. Infatti nell'esperienza illuministica il giudice era bouche de la loi, ovvero strumento della volontà legislativa non lasciano dunque alcun spazio a strumenti correttivi extra ordinem. Nel codice del 1865 non troveremo quindi alcuna traccia dell'abuso del diritto; anzi vi fu chi definì l'abuso del diritto fenomeno sociale, non un concetto giuridico, anzi uno di quei fenomeni che il diritto non potrà mai disciplinare in tutte le sue applicazioni che sono imprevedibili: è uno stato d'animo, è la valutazione etica di un periodo di transizione, è quel che si vuole, ma non una categoria giuridica, e ciò per la contraddizione che nol consente.

Anche nel codice civile del 1942 è rimasto assente l'espressione di un principio generale di abuso del diritto. Pur essendoci stata discussione sul punto, i codificatori, al fine di non indebolire il principio della certezza del diritto con una clausola generale come quella dell'abuso del diritto, hanno deciso di non inserire, nella stesura definitiva del Codice civile del 1942, l'art. 7 del progetto preliminare secondo il quale nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto.

La questione non fu però ignorata, il legislatore ha preferito inserire nel codice vigente disposizioni specifiche con cui sanzionare l'abuso in relazione a determinate categorie di diritti: l'abuso della potestà genitoriale - art. 330; abuso dell'usufruttuario - art. 1015; abuso della cosa data in pegno da parte del creditore pignoratizio - art. 2793. Ci sono poi disposizioni di maggior portata applicativa quali l'art. 833, concernente il divieto di atti emulativi, impiegato come norma di repressione dell'abuso dei diritti reali in genere e gli artt. 1175 e 1375 che hanno consentito di disciplinare l'abuso di diritti relativi o di credito. Queste ultime norme consentono di porre un sindacato sulle scelte e sulle azioni del titolare del diritto relativo, ampliando, la buona fede, l'area della valutazione dei rapporti obbligatori. Appare decisiva la Cassazione civile sez. un. 13 settembre 2005 n. 18128 nella decisione sul potere di esercitare d'ufficio la riduzione della penale ex art. 1384 c.c. secondo cui «La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento».

In realtà sino alla sentenza n. 10511/99 C. Cass., la giurisprudenza della Suprema Corte è stata concorde nell'affermare che il potere del giudice di ridurre la penale non può essere esercitato d'ufficio. La sentenza n. 10511/99 non trovò tuttavia seguito nella successiva giurisprudenza della Corte, che (fatta eccezione per la sentenza n. 8188/03) ha confermato l'orientamento tradizionale, con le sentenze n. 5324/03, n. 8813/03, n. 5691/02, n. 14172/00.

Le Sezioni Unite, hanno confermato il principio espresso dalla sentenza n. 10511/99, cui si è adeguata la sentenza n. 8188/03. La ragione per cui ho ritenuto di dover richiamare in questa sede il dibattito sull'art. 1384 è la motivazione, all'avanguardia, adoperata dalla Corte. La ragione fondamentale individuata dai Giudici è:

.... fondato sull'osservazione che l'esegesi tradizionale non appariva più adeguata alla luce di una rilettura degli istituti codistici in senso conformativo ai precetti superiori della Costituzione, individuati nel dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi (art. 2 Cost.), nell'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie (C. cost. n. 19/94), da valutare insieme ai canoni generali di buona fede oggettiva e di correttezza (artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375 cod. civ.). In proposito è sufficiente ricordare ciò che accade in tema di nullità del contratto, che il giudice può dichiarare d'ufficio purché risultino dagli atti i presupposti della nullità medesima (Cass. n. 4062/87), senza che per l'accertamento della nullità occorran indagini di fatto per le quali manchino gli elementi necessari (Cass. n. 1768/86, 4955/85, 985/81), e più di recente Cass. n. 1552/04, secondo cui «La rilevabilità d'ufficio della nullità di un contratto prevista dall'art. 1421 cod. civ. non comporta che il giudice sia obbligato ad un accertamento d'ufficio in tal senso, dovendo invece detta nullità risultare "ex actis", ossia dal materiale probatorio legittimamente acquisito al processo, essendo i poteri officiosi del giudice limitati al rilievo della nullità e non intesi perciò ad esonerare la parte dall'onere probatorio gravante su di essa», nonché da ultimo Cass. sez. un. 4 novembre 2004 n. 21095. Per risolvere la questione, la Corte parte dal tema dell'autonomia contrattuale, ovvero dai suoi limiti. L'art. 1322 cod. civ. attribuisce alle parti:

- a) il potere di determinare il contenuto del contratto;
- b) il potere di concludere contratti che non appartengono ai tipi aventi una disciplina particolare.

Ed ecco i limiti, l'autonomia delle parti deve svolgersi «nei limiti imposti dalla legge», ed il contratto deve essere diretto «a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico».

I limiti tracciati sono soggetti a sindacato del giudice, .. che non può riconoscere il diritto fatto valere, se esso si fonda su un contratto il cui contenuto non sia conforme

alla legge ovvero sia diretto a realizzare interessi che non appaiono meritevoli secondo l'ordinamento giuridico.

L'intervento del giudice in tale casi è indubbiamente esercizio di un potere officioso attribuito dalla legge. Se da un lato il legislatore ha lasciato nelle mani dei contraenti la possibilità di predeterminare, in tutto o in parte, l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (se si vuole privilegiare l'aspetto risarcitorio della clausola), ovvero di esonerare il creditore di fornire la prova del danno subito, di costituire un vincolo sollecitatorio a carico del debitore, di porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento (se se ne vuole privilegiare l'aspetto sanzionatorio), e ciò in deroga alla disciplina positiva in materia, ad esempio, di onere della prova, di determinazione del risarcimento del danno, della possibilità di istituire sanzioni private, dall'altro ha riservato al giudice un potere di controllo sul modo in cui le parti hanno fatto uso di questa autonomia. ...Così facendo il legislator ha in sostanza spostato l'intervento giudiziale, diretto al controllo della conformità del manifestarsi dell'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa è consentita, dalla fase formativa dell'accordo - che ha ritenuto comunque valido, quale che fosse l'ammontare della penale - alla sua fase attuativa, mediante l'attribuzione al giudice del potere di controllare che la penale non fosse originariamente manifestamente eccessiva e non lo fosse successivamente divenuta per effetto del parziale adempimento.

Un potere di tal fatta appare concesso in funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità.

La Corte prosegue ricordando che:

Vi sono casi in cui la correzione della volontà delle parti avviene automaticamente, per effetto di una disposizione di legge che ne limita l'autonomia e che sostituisce alla volontà delle parti quella della legge (in tali casi l'accordo delle parti, che non rispecchia il contenuto tipico previsto dalla legge, non viene dichiarato nullo ma viene modificato mediante la sostituzione della parte non conforme); ve ne sono altri, in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa, in sostituzione di quella pattizia, non è possibile perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti, che quindi non può essere automaticamente inserita nel contratto; in tali casi la misura della prestazione è rimessa al giudice, per evitare che le parti utilizzino uno strumento legale per ottenere uno scopo che l'ordinamento non consente ovvero non ritiene meritevole di tutela, come è reso evidente, proprio in tema di clausola penale, dal fatto che il potere di riduzione è concesso al giudice solo con riferimento ad una penale che non solo sia eccessiva, ma che lo sia «manifestamente», ovvero ad una penale non più giustificabile nella sua originaria determinazione, per effetto del parziale adempimento dell'obbligazione. Il potere di controllo attribuito al giudice non ha la funzione di tutela nell'interesse della parte ma l'interesse

dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità.

Anche prima dell'intervento delle Sezioni Unite la Cass. 24 aprile 1980 n. 2749, pur non accogliendo la tesi della rilevabilità d'ufficio, affermava che il potere conferito al giudice dall'art. 1384 cod. civ. di ridurre la penale manifestamente eccessiva è fondato sulla necessità di correggere il potere di autonomia privata riducendolo nei limiti in cui opera il riconoscimento di essa, mediante l'esercizio di un potere equitativo che ristabilisca un congruo temperamento degli interessi contrapposti, valutando l'interesse del creditore all'adempimento, cui ha diritto, tenendosi conto dell'effettiva incidenza di esso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale.

Nella sentenza Cassazione civile sez. III 18 settembre 2009 n. 20106 la Corte, definisce il principio della buona fede oggettiva, come reciproca lealtà di condotta, che deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476). Da tali assunti, prosegue la Corte, tra la conseguenza che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.).

Già la Cass. 15.2.2007 n. 3462 aveva rilevato che l'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza è, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica. Una volta trasfigurato il principio della buona fede sul piano costituzionale diviene una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.

Il criterio della buona fede costituisce quindi strumento, per il giudice, per controllare, sia in senso modificativo che integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. Daltrone il criterio della reciprocità lo si

desume già dalla Relazione ministeriale al codice civile: il principio di correttezza e buona fede, richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore.

In sintesi, dice la Corte, disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato.

La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione. Pregio della sentenza in commento è di aver individuato che:

Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto. A tal fine individua gli elementi costitutivi dell'abuso del diritto che sono: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

L'abuso del diritto, non è una violazione in senso formale, ma delinea una utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore.

E' ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede. Come conseguenze di tale, eventuale abuso, l'ordinamento pone una regola generale, nel senso di rifiutare la tutela ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.

La Corte ribadisce che nel nostro codice non esiste una norma che sanzioni, in via generale, l'abuso del diritto per le ragioni storiche già trattate, tuttavia rileva che:

- in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimediazione da parte della Corte di legittimità (principio ribadito in Cass. 8.4.2009 n. 8481; Cass. 20.3.2009 n. 6800; Cass. 17.10.2008 n. 29776; Cass. 4.6.2008 n. 14759; Cass. 11.5.2007 n. 10838).
- In materia societaria è stato posto il sindacato, l'esercizio del diritto di voto sotto l'aspetto dell'abuso di potere si trattava di una deliberazione per lo scioglimento della società), ritenendo principio dell'ordinamento, anche al di fuori del campo societario, quello di non abusare dei propri diritti - con approfittamento di una posizione di supremazia - con l'imposizione, nelle delibere assembleari, alla maggioranza, di un vincolo desunto da una clausola generale quale la correttezza e buona fede (contrattuale). In questa ottica i soci debbono eseguire il contratto secondo buona fede e correttezza nei loro rapporti reciproci, ai sensi degli artt. 1175 e 1375 c.c., la cui funzione è integrativa del contratto sociale, nel senso di imporre il rispetto degli equilibri degli interessi di cui le parti sono portatrici. E la conseguenza è quella della invalidità della delibera, se è raggiunta la prova che il potere di voto sia stato esercitato allo scopo di ledere gli interessi degli altri soci, ovvero risulti in concreto preordinato ad avvantaggiare ingiustificatamente i soci di maggioranza in danno di quelli di minoranza, in violazione del canone generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (v. Cass. 11.6.2003 n. 9353) Il caso concreto appena citato mostra ancora una volta come il dover ricorrere a divieto di abuso del diritto come principio generale non consente di ricostruire un comportamento a contenuto prestabilito, ma si pone esclusivamente come limite esterno all'esercizio di una pretesa, per contemperare degli opposti interessi (Cass. 12.12.2005 n. 27387).

Sempre in materia societaria l'istituto dell'abuso del diritto è servito a esaminare l'adempimento secondo buona fede delle obbligazioni societarie da parte del socio ai fini della sua esclusione dalla società (Cass. 19.12.2008 n. 29776), nonché il fenomeno dell'abuso della personalità giuridica quando essa costituisca uno schermo formale per eludere la più rigida applicazione della legge (v. anche Cass. 25.1.2000 n. 804; Cass. 16.5.2007 n. 11258).

Nell'ambito, dei rapporti bancari è stato in più occasioni ribadito, in virtù del principio per cui il contratto deve essere eseguito secondo buona fede (art. 1375 cod. civ.), non può escludersi che il recesso di una banca dal rapporto di apertura di credito, seppur pattiziamente consentito anche in difetto di giusta causa, sia da considerarsi illegittimo ove in concreto assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari (Cass. 21.5.1997 n. 4538; Cass. 14.7.2000 n. 9321; Cass. 21.2.2003 n. 2642). Resta pur

sempre da rispettare il fondamentale principio dell'esecuzione dei contratti secondo buona fede (art. 1375 c.c.), alla stregua del quale non può escludersi che, anche se pattiziamente consentito in difetto di giusta causa, il recesso di una banca del rapporto di apertura di credito sia da considerare illegittimo, ove in concreto esso assuma connotati del tutto impreveduti ed arbitrari; connotati tali, cioè, da contrastare con la ragionevole aspettativa di chi, in base ai comportamenti usualmente tenuti dalla banca ed all'assoluta normalità commerciale dei rapporti in atto, abbia fatto conto di poter disporre della provvista creditizia per il tempo previsto, e non potrebbe perciò pretendersi sia pronto in qualsiasi momento alla restituzione delle somme utilizzate, se non a patto di svuotare le ragioni stesse per le quali un'apertura di credito viene normalmente convenuta. Ma la verifica, in concreto, dell'eventuale contrarietà a buona fede del recesso - non diversamente, d'altronde, da quella in ordine all'esistenza di una giusta causa, ove la legittimità del recesso sia da questa condizionata - è rimessa al giudice di merito, la cui valutazione al riguardo, se sorretta da congrua e logica motivazione, si sottrae al sindacato della cassazione. (Cass. 21.5.1997 n. 4538).

In riferimento ai rapporti di conto corrente, pur in presenza di una clausola negoziale che consenta all'istituto di credito di operare la compensazione tra i saldi attivi e passivi dei diversi conti intrattenuti dal medesimo correntista, in qualsiasi momento, senza obbligo di preavviso, la Cassazione ha ritenuto che la contestazione sollevata dal cliente per l'intervenuta compensazione, senza una pronta informazione e le intervenute conseguenze pregiudizievoli, impongono al giudice di merito di valutare il comportamento della banca alla stregua del fondamentale principio della buona fede nella esecuzione del contratto ed riconoscimento a carico della banca, di una responsabilità per risarcimento dei danni in caso di violazione (Cass. 28.9.2005 n. 18947).

... secondo il più recente orientamento di questa Corte, «come si legge nella Relazione al codice civile, (...) "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" (ivi, p. 558). Esso opera, quindi, come un criterio di reciprocità che, nel nuovo quadro di valori introdotto dalla Carta Costituzionale, costituisce specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" tutelati dall'art. 2 cost. (...): la sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge» (per tutte, Cass., n. 12310 del 1999; n. 20399 del 2004; n. 14605 del 2004; n. 5240 del 2004).

Gli stessi principi sono stati applicati, al contratto di mediazione (Cass. 5.3.2009 n. 5348), al contratto di sale and lease back connesso al divieto di patto commissorio ex

art. 2744 c.c., (Cass. 16.10.1995 n. 10805; Cass. 26.6.2001 n. 8742; Cass. 22.3.2007 n. 6969; Cass. 8.4.2009 n. 8481), ed al contratto autonomo di garanzia ed exceptio doli (Cass. 1.10.1999 n. 10864; Cass. 28.7.2004 n. 14239; Cass. 7.3.2007 n. 5273). Tale orientamento venne fatto proprio dalle Sezioni Unite, con due sentenze dell'anno 1989 (n. 1611 e n. 1907). In adesione alla tesi tradizionale, le Sezioni Unite hanno affermato che nella vendita con patto di riscatto o di retrovendita a scopo di garanzia questa assurge a causa del contratto, poichè il trasferimento della proprietà trova il suo fine nella garanzia. Tale causa, tuttavia è incompatibile con quella della vendita, in quanto: il versamento del denaro non costituisce pagamento del prezzo, ma esecuzione di un mutuo, mentre il trasferimento del bene non integra l'attribuzione al compratore, bensì l'atto costitutivo di una posizione di garanzia innegabilmente provvisoria, in quanto suscettibile di evolversi a seconda che il debitore adempia o meno. La provvisorietà costituisce dunque, l'elemento rivelatore della causa di garanzia, e quindi della divergenza tra causa tipica del negozio prescelto e determinazione causale concreta, indirizzata alla elusione di una norma imperativa, qual è l'art. 2744 c.c.: le parti invero, adottando uno schema negoziale astrattamente lecito per conseguire un risultato vietato dalla legge, realizzano un'ipotesi di contratto in frode alla legge (art. 1344 c.c.). In senso conforme si è espressa la sent. n. 2126-91. Tale fattispecie è sanzionabile con la nullità, dal momento che la vendita con patto di riscatto (o di retrovendita) risulta inserita in una operazione contrattuale più ampia, che vede il rapporto credito-debitorio tra venditore ed acquirente, impiegato non al trasferimento della proprietà, bensì a rafforzare il vincolo di subordinazione e di accessorietà rispetto al mutuo, e facilitare l'acquisizione della proprietà del bene in mancanza di pagamento del debito garantito, risultato vietato dall'art. 2744 c.c.. le Sezioni Unite danno particolare rilevanza all'analisi degli elementi sintomatici idonei a denunciare la sussistenza di una operazione fraudolenta del tipo delineato. Al riguardo, più che l'indagine sull'atteggiamento soggettivo delle parti (valorizzata dalla sent. n.3800-83, non seguita, sul punto, dalle Sezioni Unite), sarà utile l'accertamento di dati obiettivi, quali la presenza di una situazione credito-debitoria (preesistente o contestuale alla vendita), e, soprattutto, la sproporzione tra entità del debito e valore del bene alienato in garanzia, di regola presente nelle fattispecie in esame e costituente significativo segnale di una situazione di approfittamento della debolezza del debitore da parte del creditore, che tende ad acquisire l'eccedenza di valore, così realizzando un abuso che il legislatore ha voluto espressamente sanzionare.

La Corte rileva comunque che deve escludersi l'illiceità delle garanzie che prevedono un trasferimento di proprietà, qualora queste siano integrate da schemi negoziali che il menzionato abuso escludono in radice, come avviene nel caso del pegno irregolare (art. 1851 c.c.), del riporto finanziario e del c.d. patto marciano, in virtù del quale al

termine del rapporto si procede alla stima, ed il creditore, per acquisire il bene, è tenuto al pagamento dell'importo eccedente l'entità del credito. La ratio del divieto posto dall'art. 2744 c.c. risulta quindi desumibile argomentando a contrario dalla liceità delle figure ora menzionate. Non assume alcuna rilevanza la sproporzione tra entità del credito e valore del bene, in quanto il legislatore (in relazione all'art. 2744 c.c.), nel formulare un giudizio di disvalore nei riguardi del patto commissorio, ha la liceità della pretesa del creditore a pretendere una garanzia eccedente l'entità del credito. Appare quindi corretto ritenere che la sussistenza di una sproporzione tra valore del bene ed entità del credito possa offrire, in sede di indagine, uno degli indizi di maggior peso (sent. n. 736-77, in motivazione; sent. n. 776-60, in motivazione; sembrano invece svalutare tale elemento indiziario le sentenze n. 1611 e 1907 del 1989 delle Sezioni Unite, che peraltro richiamano proprio la sent. n. 736-77). E non giova argomentare dalla disciplina generale dettata dall'art. 1448 c.c., per desumerne la sanzionabilità della sproporzione tra prestazioni soltanto mediante l'azione di rescissione, poiché resta da dimostrare la assoluta coerenza del sistema sanzionatorio previsto dal codice civile, nel quale si rinvergono ipotesi di tutela del contraente debole mediante l'irrogazione della nullità (artt. 1341, 1815, comma 2), e può opporsi che l'art. 2744 c.c. esprime una specifica valutazione legale di riprovevolezza del patto commissorio, in virtù della sua intrinseca elevata potenzialità - per frequenza di impiego e facilità di realizzazione - a determinare il rischio (presunto) di produrre effetti che l'ordinamento non consente, e che si risolvono, in definitiva, in un eccesso di garanzia per il creditore e di responsabilità patrimoniale per il debitore. (Cass. 16.10.1995 n. 10805)

La Cassazione civile sez. III 18 settembre 2009 n. 20106 lascia un insegnamento essenziale per un nuovo approccio al mondo del diritto:

Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principii costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso. A tale principio trova un allineamento in Cassazione civile sez. III 10 novembre 2010 n. 22819 in relazione alla levata di protesto prima dello spirare dell'ultimo giorno utile: il riguardo mette conto rilevare che i reiterati richiami del codice alla correttezza come regola alla quale il debitore e il creditore devono improntare il proprio comportamento (art. 1175 cod. civ.), alla buona fede come criterio informatore della interpretazione e della esecuzione del contratto (artt. 1366

e 1375 cod. civ.), e all'equità, quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende del rapporto non contemplate dalle parti (art. 1374 cod. civ.), fanno della correttezza (o buona fede in senso oggettivo) un metro di comportamento per i soggetti del rapporto - e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice - il cui contenuto non è a priori determinato, ma necessita di adattamento con riferimento, di volta in volta, agli interessi in gioco e alle caratteristiche del caso specifico. In sostanza il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia, giocano un ruolo fondamentale e in funzione integrativa dell'obbligazione, assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese. Autorevole dottrina ha rilevato come le citate norme arricchiscano il contenuto del singolo rapporto obbligatorio, con l'estrapolazione di obblighi collaterali (di protezione, di cooperazione, di informazione), che, in relazione al concreto evolversi della vicenda negoziale, vanno in definitiva a individuare la regola iuris effettivamente applicabile e a salvaguardare la funzione obbiettiva e lo spirito del regolamento di interessi che le parti hanno inteso raggiungere.

Il criterio della buona fede assume rilevanza non solo come strumento di controllo per il giudice, sia in senso modificativo o integrativo dello statuto negoziale, per garantire, e nel caso, ripristinare un equilibrio degli opposti interessi (Cass. civ. 18 settembre 2009, n. 20106), ma anche come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, limite idoneo a concorrere alla conformazione, in senso ampliativo o restrittivo, rispetto alla fisionomia apparente del patto negoziale, dei diritti, e degli obblighi da esso derivanti, affinché l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso l'inderogabile dovere di solidarietà presidiato dall'art. 2 Cost. repubblicana (Cass. civ. 20 aprile 1994, n. 3775).

Da tale assunto è dunque rilevabile che uno dei profili del principio della correttezza è il dovere di ciascun contraente di tutelare l'utilità e gli interessi dell'altro, purchè non generi un apprezzabile sacrificio di altri valori. In tale prospettiva la giurisprudenza di questa Corte ha anche di recente ribadito che il principio di correttezza e buona fede - il quale, secondo la Relazione ministeriale al codice civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore" deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, costituzionalmente garantito, che, operando con criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dagli specifici obblighi contrattuali o legali, sicchè dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sè, un

danno risarcibile (confr. Cass. civ. 1<sup>^</sup>, 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass. civ. sez. un. 25 novembre 2008, n. 28056).

Che la questione dell'abuso del diritto sia di interesse sempre più evidente lo dimostra la trasversalità dell'istituto la sua attualità ed extraterritorialità. Del principio dell'abuso del diritto è stato, ne è stato fatto frequente uso in materia tributaria, fondandolo sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo (v. per tutte S.U. 23.10.2008 nn. 30055, 30056, 30057). il seguente passaggio della Cassazione civile sez. trib. 21 gennaio 2015 n. 961 ne è un esempio tangibile:

Inoltre, quanto alle controversie in materia di IVA, quale è in parte quella odierna, va ricordato che esse sono soggette a norme imperative dell'UE, la cui applicazione non può essere ostacolata dal carattere vincolante del giudicato nazionale, previsto dall'art. 2909 c.c., e dalla eventuale sua proiezione anche oltre il periodo di imposta che ne costituisce specifico oggetto, ove gli stessi impediscano - secondo quanto stabilito dalla Corte di giustizia sul caso Olimpiclub - la realizzazione del principio di contrasto dell'abuso del diritto, individuato dalla giurisprudenza Eurounitaria come strumento teso a garantire la piena applicazione del sistema armonizzato di imposta (abanks=0&Pagina=0">Cass. 16996/2012; conf. tra le tante 16481- 16480-16479-5972-4631-653/2014, 10781/2013, 12249/2010). Ciò comporta che, a parte le considerazioni sopra svolte sul giudicato tributario in generale, soltanto il giudicato pienamente rispondente alle norme imperative Eurounitarie in tema di IVA può produrre efficacia espansiva (Cassazione civile sez. trib. 21 gennaio 2015 n. 961).

L'abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali (Cassazione civile sez. un. 23 dicembre 2008 n. 30055; sentenza n. 25374/08) Quanto sopra valorizza il principio per cui non omne quod licet, honestum est. È necessario tuttavia distinguere tra abuso del diritto e eccesso dal diritto: in entrambi i casi ci troviamo di fronte ad un eccesso nell'agere con la differenza che l'abuso è apparentemente conforme al contenuto del diritto. Mentre in caso di eccesso dal diritto lo sconfinamento dal contenuto del diritto è di immediatamente rilevabile in quanto non conforme al precetto normativo. E' necessario adesso procedere alla distinzione tra abuso nel contratto, che si realizza allorquando ci si trova di fronte ad una asimmetria nella forza contrattuale che genera abuso da parte dell'un contraente nei confronti dell'altro e l'ipotesi di abuso del contratto che si realizza quando entrambe le parti concorrono nell'abuso per ledere i terzi creditori. È evidente che i due tipi di abuso sono differenti e solamente nel primo tipo abbiamo l'approfittamento della propria supremazia economica tale da generare sopraffazione. Nell'abuso unilaterale il potere economico integra il presupposto della condizione dell'abuso.

L'abuso del diritto, è invece l'effetto giuridico in quanto presuppone una situazione giuridica già esistente ed anomala per l'uso dei poteri esercitati dal titolare. Il giudizio di meritevolezza del diritto viene effettuato non più solo alla stregua dell'assetto volontaristico dato dalle parti, ma molto più ampiamente, utilizzando, quale *tertium comparationis*, l'ordinamento stesso con i suoi principi ed i suoi valori (Scialoja – Branca – Galgano, op. cit. pag. 1518). Anche il contratto tipico, di per sé già meritevole di tutela, resterà comunque soggetto a sindacato in ordine all'equilibrio concreto e conseguentemente alla funzione che viene nei fatti a perseguire. Nell'ambito dell'autonomia privata è quindi necessario trovare un bilanciamento tra l'iniziativa economica privata – art. 41 Cost. e il dovere solidaristico nei rapporti interoggettivi ex art. 2 Cost.. La Sentenza n. 103 del 1989 della Corte Costituzionale afferma: risulta notevolmente diminuito lo *ius variandi* del datore di lavoro, mentre proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 Cost., il potere di iniziativa economica dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da arrecare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana. Ecco allora, che una condotta legittima può essere comunque fonte di responsabilità. È ciò che è accaduto in un caso di disparità di trattamento che pur non configurandosi come "discriminazione" nell'ambito delle norme positive - costituzionali ed ordinarie - esistenti, poiché il principio dell'autonomia e della libertà di iniziativa imprenditoriale consente al datore di lavoro di riconoscere ad alcuni dipendenti, superminimi o altri vantaggi economici, nell'esercizio di un suo diritto, una simile condotta, se si appalesa pertanto del tutto legittima nei riguardi dei beneficiari, finisce però per configurare, a causa della violazione dei principi di correttezza e buona fede, una ipotesi di responsabilità contrattuale, con conseguenze di carattere risarcitorio, nei riguardi egli altri dipendenti. (Cassazione civile sez. lav. 08 luglio 1994 n. 6448 [14]).

Il “Caso Fiuggi”, portò la Suprema Corte ad esprimersi sui limiti esterni all'autonomia contrattuale, ma vediamo il caso. Nel sesto motivo di impugnazione veniva rilevata la violazione e falsa applicazione delle norme sulla interpretazione dei contratti (artt. 1362 e segg. c.c.), sulla esecuzione di buona fede (art. 1375 c.c.) e sull'adempimento (artt. 1218 e segg. c.c.), omessa e insufficiente motivazione, per avere la Corte di appello ritenuto legittimo il comportamento dell'Ente Fiuggi, benché "contrario alle pattuizioni contrattuali e comunque di malafede", avendo bloccato, a partire dal 1983, il prezzo di vendita di fabbrica delle bottiglie, malgrado la sopravvenuta svalutazione monetaria e il correlato diritto del Comune (ribadito dal lodo Levi-Sandri del 21 giugno 1982, passato in giudicato) all'adeguamento del canone di affitto (a tale prezzo commisurato), rimasto, invece, fermo, ancorché il prezzo del prodotto fosse stato,

nella fase di commercializzazione, corporosamente aumentato dalle società distributrici, appartenenti allo stesso gruppo di cui faceva parte la società affittuaria. Il motivo fu ritenuto fondato. Ma, ammesso che la legge pattizia attribuisse davvero l'Ente Fiuggi "piena libertà" nel determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, essa non potrebbe, comunque, ritenersi svincolata dall'osservanza del dovere di correttezza (art. 1175 c.c.), che si porge nel sistema come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente attribuita, concorrendo, quindi, alla relativa conformazione in senso ampliativo o restrittivo rispetto alla fisionomia apparente, per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti, quindi, disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, ormai costituzionalizzato (art. 12 Cost.), che, applicato ai contratti, ne determina intergativamente il contenuto agli effetti (art. 1374 c.c.) e deve, ad un tempo, orientare l'interpretazione (art. 1366 c.c.) e l'esecuzione (art. 1375), nel rispetto del noto principio secondo cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro, se ciò non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio. In conclusione, la continua ricerca dei limiti all'autonomia contrattuale ha consentito di individuare, in concreto, le ipotesi in cui il diritto viene esercitato in modo abusivo, ovvero oltre i suoi limiti naturali, oltre le finalità per le quali tale diritto esiste e trova una sua garanzia costituzionale. Il divieto di abuso del diritto consente dunque di ricondurre l'agere entro il diritto stesso, perché solo in esso potrà produrre effetti giuridici..

**27.**

## **L'IMPOSSIBILITÀ DELLA PRESTAZIONE PER CAUSA NON IMPUTABILE AL DEBITORE**

Il secondo momento del giudizio di responsabilità contrattuale, ai sensi dell'art. 1218 c.c., è rappresentato dalla "impossibilità della prestazione per causa non imputabile al debitore". Il codice vigente ha abbandonato, in sede di disciplina generale della responsabilità da inadempimento i concetti di "caso fortuito", "forza maggiore" e "causa estranea"; la precisa individuazione contenutistica delle nozioni di cui sopra, in relazione alla proiezione del concetto di causa imputabile, ha determinato una contrapposizione di opinioni sia in dottrina sia in giurisprudenza[24]. Come è stato osservato "il coordinamento tra la nozione di impossibilità liberatoria e la norma che impone al debitore di usare la diligenza del buon padre di famiglia nell'adempire all'obbligazione [...] deve avvenire sulla base del principio che il debitore è diligente soltanto se fa quanto è possibile per adempire e per opporsi agli eventuali fatti impeditivi, in maniera conforme al contenuto dell'obbligazione, ossia secondo la valutazione relativa ed oggettiva analizzata a proposito dell'impossibilità sopravvenuta"

La giurisprudenza al riguardo sembra aver adottato il temperamento tra elementi oggettivi e soggettivi dell'inadempimento, il quale avviene sotto la formula "causa non imputabile", che racchiude l'impossibilità liberatoria ex art. 1218 c.c. e il parametro della diligenza del debitore ex art. 1176 c.c. In caso di adempimento inesatto o ritardato ovvero di inadempimento definitivo, l'ordinamento giuridico attribuisce, secondo autorevole dottrina, preminente rilievo all'obbligo di risarcimento del danno ex art. 1218 c.c. Sul debitore inadempiente quindi grava una responsabilità "personale" che si differenzia da quella c.d. "patrimoniale" in quanto quest'ultima entra in funzione allorché il debitore non adempia nemmeno l'obbligo del risarcimento.

Ai sensi dell'art. 1223 c.c., il risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo deve comprendere sia la perdita subita dal creditore (c.d. danno emergente) che il mancato guadagno (c.d. lucro cessante), in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta (è necessario il nesso di causalità tra l'inadempimento e il danno). Se l'inadempimento o il ritardo non abbiano natura dolosa, il risarcimento è limitato soltanto al danno che poteva prevedersi nel tempo in cui è sorta l'obbligazione (art. 1225 c.c.). All'illecito contrattuale si applica l'art. 2946 c.c. che prevede il termine ordinario di decorrenza decennale, fermo restando i tempi più brevi previsti per alcune tipologie di contratti.

**28.**

### **Profili di responsabilità contrattuale extracontrattuale della banca nella giurisprudenza ordinaria e dell'abf**

La banca è tenuta ad osservare un grado di diligenza commisurato alla natura dell'attività esercitata e può incorrere in responsabilità extracontrattuale laddove il funzionario incaricato non abbia usato la dovuta diligenza. La rilevanza della sentenza n. 11123/2015 (Cassazione civile, sez. III), ad avviso di chi scrive, è data non tanto dal caso concreto tratto in esame ma per i principi in essa ribaditi e che traggono la loro fonte in una altalenante evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, specie sul ruolo delle banche nella società. Tale sentenza offre lo spunto per intraprendere un breve viaggio tra le fonti del diritto per poi procedere all'esame dei profili di responsabilità della banca

**Profili costituzionali** Nella Carta Costituzionale è rinvenibile una norma, l'art. 47, che recita: "La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese.". I primi commentatori attribuirono all'art. 47 la cristallizzazione nella Costituzione della

Legge Bancaria del 1936-38, sopravvissuta al crollo del regime: leggendo il commento di Massimo Severo Giannini l'art. 47 è "un'enunciativa generica dei principi della legge bancaria". La citata interpretazione, che ha mantenuto ancora molti sostenitori ha avuto una evoluzione al livello di Costituzione materiale rinvenibile nella giurisprudenza costituzionale. In particolare, quanto all'incoraggiamento e tutela del risparmio in tutte le sue forme è da annotare la seguente giurisprudenza della Corte Costituzionale: sent. 29/1975 che circoscrive l'ambito operativo del precetto a "principio politico cui dovrà ispirarsi la futura normativa"; sent. 143/1982 in cui si legge "principio programmatico al quale deve ispirarsi il legislatore ordinario". Quanto al precetto Tutela del credito la Corte Costituzionale ha ritenuto l'art. 47 fondamento dell'interesse pubblico al normale e regolare esercizio del credito tanto da quanto da ritenere il reato di aggio bancario più grave del reato di aggio comun.

Sulla tutela del risparmio popolare la Corte Cost. con sentenza 66/1965 rileva che: "... Secondo l'ordinanza, la legge istitutiva dell'E.N.E.L. ed i successivi decreti presidenziali non hanno tutelato l'investimento che i risparmiatori hanno fatto nelle azioni elettriche, perché hanno scoraggiato il risparmio nella formazione dei capitali azionari e perché hanno trasformato gli azionisti in obbligazionisti, cioè in semplici creditori estranei alla gestione sociale. Se con questa censura si volesse sostenere che il Parlamento non potrebbe mai applicare l'art. 43 della Costituzione tutte le volte in cui si tratti di imprese con capitale azionario, la tesi sarebbe manifestamente arbitraria. Un divieto di tal genere non è desumibile dall'art. 47 sotto nessun aspetto, né esegetico, né storico, né sistematico. ..."

Anche la giurisprudenza ordinaria si è in più occasioni pronunciata sul ruolo della banca d'Italia e delle banche in generale.

Fondamentali sono i passaggi storici che hanno attribuito al sistema bancario funzione pubblicistica. Prima tra tutte la Cass. SS.UU. 21.10.1952 n. 3042 che per prima definisce la Banca Centrale ente di diritto pubblico ed afferma la sua funzione nel "l'interesse generale per l'economia dello stato". Anche la cass. SS.UU. 5.03.1979 n. 1353, da un lato riconosce alla banca d'Italia funzioni pubbliche nel settore valutario e dall'altro una funzione pubblicistica di "attività di direzione e vigilanza nel settore creditizio e di regolamentazione del mercato monetario e della circolazione monetaria , fra cui preminente quello di difesa del valore internazionale e interno della moneta e la polizia della valuta".

Negli anni '80 la Cassazione definirà pubblico servizio "ogni attività "Ogni attività bancaria, essendo volta alla raccolta del risparmio e all'esercizio del credito, è contrassegnata da un interesse pubblico immanente in virtù del quale essa è inserita in un'organizzazione unitaria del relativo settore economico, costituita, regolata,

diretta e controllata da pubblici poteri anche per la realizzazione di pubbliche finalità e pertanto essa acquista la qualità di servizio pubblico in senso oggettivo, valevole, ai sensi dell'art. 358 n. 2 c.p., per la qualificazione dei soggetti privati legittimati a compierla come incaricati di servizio pubblico; con la conseguenza che essi, quando si appropriano di denaro, di cose mobili appartenenti a un'azienda o un istituto di credito privati, rispondono di malversazione, mentre rispondono di peculato se l'attività bancaria sia svolta da un ente pubblico. Gli anni 1987 e 1989 rappresentano una svolta epocale nella identificazione del ruolo del sistema bancario: Banca d'Italia, cessa di essere ente di diritto pubblico; crolla la teoria del pubblico servizio e l'attività bancaria si definisce attività imprenditoriale di natura privata, in regime concorrenziale

Proseguendo nella ricognizione delle fonti, il DPR 27 giugno 1985 n. 350 rappresenta l'avvio del processo di trasformazione del sistema bancario attuando nel nostro ordinamento la prima direttiva comunitaria in materia creditizia: direttiva 77/80 del 12 dicembre 1977. La novità del dpr 350/1985 è data dal diritto all'ingresso sul mercato bancario a qualunque soggetto che presenti le qualità richieste dalla legge per poter esercitare le attività creditizie. Il processo di trasformazione prosegue con la legge 30 luglio 1990 n. 218 d.lgs. 20 novembre 1990 n. 356 che vede la trasformazione della banca pubblica in società per azioni a controllo pubblico cessando di essere ente pubblico economico. Con il d.lgs. 20 novembre 1990 n. 356 sarà consentito agli istituti di credito di natura pubblica di estendere la propria operatività a tutto l'ambito del credito a medio e lungo termine. La formazione di gruppi bancari polifunzionali necessita l'introduzione di nuove norme che consentissero la vigilanza anche delle società partecipate sfuggite al controllo sino alla legge 17 aprile 1986 n. 114 in attuazione alla direttiva comunitaria 83/350 del 13 giugno 1983, che consentì alle autorità di vigilanza di estendere il controllo sulle situazioni economiche e finanziarie delle società controllate[6]. Altra fase di cambiamento è segnata dal d. lgs. 14 dicembre 1992 n. 481 che ha dato accesso al sistema, accanto alla banca polifunzionale la c.d. "banca universale": viene definitivamente abolita la distinzione tra aziende ed istituti di credito.

Negli anni novanta arriva il momento di dare attuazione alla seconda direttiva la 89/646/CEE e ciò avviene attraverso la legge comunitaria 142/1992 che dà al Governo due deleghe: l'una per recepire nel diritto interno tutta la seconda direttiva, l'altra per riorganizzare tutta la disciplina bancario in un testo unico. Il nuovo corpo organico di norme riuscirà a riunire e coordinare alcuni dei provvedimenti legislativi più recenti come il d.lgs. 481/1992 sul riconoscimento della "banca universale", il d. lgs. 356/1990 sui gruppi bancari, le norme sulla trasparenza delle operazioni bancarie di cui alla legge 154/1992 e quelle sul credito al consumo di cui alla legge 142/1992: con d. lgs. 1 settembre 1993 n. 385 viene emanato il testo unico in materia bancaria e creditizia.

La disciplina bancaria non è affidata solamente al legislatore. Lo stesso TUB rimanda in molte disposizioni il potere regolamentare alle c.d. Autorità Creditizie. Troviamo così l'art. 25 e 26 che rimandano al Ministero dell'Economia e Finanza il compito di regolamentare i criteri di ed i requisiti di onorabilità e professionalità degli esponenti delle banche e degli intermediari finanziari (artt. 108 e 109), così come determina i criteri e i limiti degli interventi del Fondo Interbancario di garanzia (art. 45 c. 2). Numerosi sono inoltre le deleghe al CICR (che è presieduto dal Ministro dell'economia e della finanza) e alla Banca d'Italia e Co.N.So.B.[10]. Quanto al potere regolamentare CICR, tra tutte merita senza dubbio una particolare attenzione la delibera CICR 9 febbraio 2000, il cui potere regolamentare trova la sua fonte normativa nell'art. 120 c. 2 TUB così come novellato dal D.L. 342/1999 art. 25, che ha conferito al CICR il potere di regolamentare la modalità di calcolo degli interessi sugli interessi. così pure la delibera CICR 4 marzo 2003 in tema di trasparenza e disciplina delle condizioni e servizi contrattuali e relative a istruzioni Banca d'Italia. Da ultimo si richiama il decreto CICR 3 febbraio 2011 in materia di credito ai consumatori che ha dato attuazione al Capo II del Titolo VI TUB.

Il vigente codice civile, tuttavia, nel disciplinare alcuni contratti bancari non tiene conto delle asimmetrie informative e della "forza" contrattuale delle parti, squilibrio che nella pratica rende estremamente vulnerabile l'equilibrio sinallagmatico. È quindi la tutela degli interessi della clientela a non ricevere adeguato rilievo in primis sul piano del contenuto negoziale nella completa disponibilità del soggetto bancario con la conseguente creazione di schemi negoziali sbilanciati in favore del predisponente.

Alla tutela del soggetto privato sono intervenuti i principi generali dettati in tema di inadempimento delle obbligazioni e le relative costruzioni dogmatiche operate dalla dottrina e dall'attività giurisprudenziale.

A colmare le lacune normative interverranno sia il diritto comunitario sia il legislatore nazionale, da un lato impegnato a recepire le direttive comunitarie e dall'altro con la disciplina organica dettata del D.Lgs. 385/1993 ovvero il Testo Unico Bancario su cui non sono mancati interventi modificativi. Per quanto attiene il presente lavoro si ricorda la Direttiva 87/102 sulla trasparenza dei rapporti contrattuali; la direttiva 90/88 sul credito al consumo attuate dal legislatore interno con la L. 154 e 142 del 1992. Un passaggio storico è altresì segnato dalla l. 52/1996 in tema di clausole abusive nei contratti stipulati con il soggetto consumatore in attuazione alla Direttiva Comunitaria 93/13 del 5 aprile 1993 che introduce per la prima volta nel codice civile un corpus di norme interamente dedicato alla disciplina contrattuale avente come soggetti contraenti l'imprenditore professionista da una parte ed il soggetto consumatore dall'altra. La disciplina normativa, nonché l'ampio dibattito

giurisprudenziale e dottrinale si sono sviluppati nell'intento di riequilibrare la forza contrattuale tra banca e cliente: l'attività degli enti creditizi deve essere quindi diretta a posizionare il cliente in una prospettiva che gli garantisca un livello paritario di trattamento. Nella prospettiva tracciata assumono rilevanza primaria i profili di responsabilità della banca.

Da ultimo l'art. 1, comma 629, della legge n. 147 del 2013, ha modificato il secondo comma dell'art. 120 Tub, vietando l'anatocismo nei rapporti bancari, ed introducendo di fatto ancor più stringente di quella dettata dall'art. 1283 c.c. A decorrere dal 1/1/2014 è divenuta illegittima qualsiasi prassi anatocistica nei rapporti bancari e quindi posto un vero e proprio divieto di addebito di interessi anatocistici passivi: a poco rileva la tesi di chi ha sostenuto e sostiene che la mancata specificazione tecnica di natura regolamentare renderebbe inoperante la legge in commento: se così fosse sarebbe compromesso lo stesso assetto costituzionale delle fonti del diritto

28

## **La Responsabilità contrattuale, precontrattuale ed extracontrattuale della Banca**

La Corte di Cassazione con le sentenze n. 4571 del 15.04.1992, n. 72 del 8.01.1997 e n. 12093 del 27.09.2001 hanno ritenuto di dover giudicare il comportamento della banca in modo più rigoroso e specifico richiedendo un grado elevato di diligenza necessario per evitare il verificarsi di eventi dannosi per la clientela. Tale principio trae la sua origine dal generale dovere a carico di ciascun consociato di attivarsi al fine di impedire eventi dannosi dal quale la giurisprudenza ha tratto doveri e regole d'azione la cui violazione può integrare ipotesi di responsabilità civile. Nel settore bancario tale principio è connotato dal ruolo della banca che assume sul piano funzionale un ruolo preminente innalzando, agli istituti di credito, un l'obbligo di diligenza e buona fede dal livello medio del buon padre di famiglia a quello qualificato, diligenza, caratterizzata da condotte in parte tipizzate in parte enucleabili caso per caso la cui violazione genererà responsabilità per culpa in omettendo. Infatti la normativa di correttezza nell'adempimento delle obbligazioni, prevista da molteplici norme del nostro ordinamento (artt. 1175, 1374, 1375 ed altre), e confortata dal precetto costituzionale (art. 2 Cost) che impone il rispetto dell'inderogabile dovere di solidarietà sociale, esige attuazione piena, nei limiti di compatibilità con altri valori di pari grado e dignità. Ciò comporta che diritti ed obblighi, seppure specificamente regolati dalle norme che li prevedono, non possono mai prescindere dall'osservanza del principio di buona fede, operante all'interno delle posizioni soggettive, non potendo l'autore di un comportamento scorretto trarre da esso utilità con altrui danno

È pur vero che nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono tuttavia molte situazioni da cui possono nascere, per i soggetti coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra una omissione imputabile e quindi responsabilità civile.

La giurisprudenza ha rilevato che nel sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso, e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti, in arte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso", la cui violazione può costituire culpa in omittendo.

Questa Corte ha affermato, con precedenti (Cass. 13 gennaio 1993, n. 343; Cass. 8 gennaio 1997, n. 72) implicitamente richiamati dalla ricorrente, che sebbene nel nostro ordinamento giuridico non esista un dovere generale di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, vi sono molteplici situazioni dalle quali possono nascere, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole d'azione, la cui inosservanza integra gli estremi di una omissione imputabile e la conseguente responsabilità civile. In particolare, dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi sono inseriti, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire culpa in omittendo. Il dovere primario dei soggetti dell'ordinamento bancario, informato alla tutela dell'interesse pubblico collegato alla raccolta del risparmio ed alla erogazione del credito (come si desumeva dall'art. 1 del r.d.l. n. 375 del 1936, vigente all'epoca dei fatti, secondo cui "la raccolta del risparmio... e l'esercizio del credito sono funzioni di interesse pubblico" e come si desume oggi dall'art. 5 del d.lgs. n. 385 del 1993, secondo cui "le autorità creditizie esercitano i poteri di vigilanza... avendo riguardo alla sana e prudente gestione dei soggetti vigilati, alla stabilità complessiva, all'efficienza ed alla competitività del sistema finanziario"), consiste "in una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche" In altri termini è stato ritenuto che per il carattere dell'attività svolta dalle banche è dovuto un maggior grado di attenzione e prudenza nonché l'adozione di ogni cautela utile o necessaria richiesta dal comportamento diligente dell'accorto banchiere[17]. La c.d. diligenza del Bonus argentarius qualifica il maggior grado di prudenza ed attenzione che la connotazione professionale dell'agente richiede. Essa deve trovare applicazione non solo in riferimento ai contratti bancari in senso stretto ma anche ad ogni tipo di atto o di operazione posta in essere, nell'esercizio della sua attività, dalla banca la quale deve predisporre qualsiasi mezzo idoneo onde evitare il verificarsi di eventi pregiudizievoli comunque prevedibili.

Merita di essere sottolineata quell'attenta dottrina che ha tratto dagli art. 1218 e 2729 c.c. spunto per ritenere sussistenti i presupposti di una vero e propria presunzione di

responsabilità della banca in caso di azione diretta a far dichiarare l'inadempimento contrattuale invertendo altresì l'onere della prova: spetterà quindi alla banca, utilizzando ogni mezzo di prova, dimostrare di aver adottato la diligenza necessaria sufficiente a dimostrare il proprio adempimento. In tal senso si è pronunciata la Corte di Cassazione con sentenza n. 2058 del 23.02.2000 che così ha scritto: “nel nostro ordinamento l'attività bancaria nel suo complesso, quale comprensiva dell'esercizio del credito e della raccolta di risparmio risulta disciplinata in modo tale da configurare non solo una delle forme di esercizio d'impresa, già di per sé sottoposta a particolari forme di controllo, ma soprattutto, proprio in quanto riservata in via esclusiva agli istituti di credito ed in conformità al dato della tutela costituzionale del risparmio di cui all'art. 47 Cost. predisposta in favore della collettività, un servizio per il pubblico con tipiche forme di autorizzazione, vigilanza e trasparenza. Da ciò deriva che i profili di responsabilità nell'espletamento di tale attività vanno individuati e, ove sussistenti, sanzionati in conformità dell'elevato grado di professionalità”.

#### L'obbligo di informazione

Ancor prima di procedere ad esaminare i profili del contratto bancario in generale è indispensabile indagare sulla fase preliminare alla formazione di qualunque contratto caratterizzata dall'obbligo di informazione. Solo il cliente “debitamente informato può fare scelte consapevoli”.

L'informazione, in effetti, serve ad identificare con precisione cosa la banca VUOLE dal cliente, cosicché quest'ultimo possa operare scientemente le proprie scelte. Appare rispondente all'esigenza “sociale” la definizione che taluno ha dato della trasparenza, ovvero “termine trasparenza è un modo riassuntivo di esprimere il concetto di informazione completa e adeguata”. Traendo spunto dai principi generali dell'art. 1374 c.c., ovvero buona fede e correttezza della condotta, si ricava l'obbligo di informazione quale “obbligo(hi) accessorio(i)” al rapporto contrattuale e alla sua integrazione. Come ha avuto modo di precisare la Corte di Cassazione con sentenza n. 12093 del 27.09.2001, tra i più generali doveri di buona fede rientra quello di consegnare al cliente la documentazione relativa al rapporto concluso, dovere che trova la sua corrispondenza negli artt. 1374, 1375 e 119 TUB che sanciscono un vero e proprio diritto soggettivo del cliente a farsi consegnare tale documentazione. L'eventuale violazione di tale diritto potrà quindi generare una ipotesi di responsabilità contrattuale da inadempimento ed extracontrattuale ex art. 2043 c.c. per la violazione del generale principio del *neminem ledere* nell'ambito del c.d. culpa in omittendo.

#### L'obbligo di consegna

Quanto all'obbligo di consegna della documentazione ricordo altresì l'Allegato 1 del Provvedimento Banca d'Italia 29 luglio 2009 che alla sez II § prevede che: Prima della conclusione del contratto, l'intermediario consegna al cliente, su sua richiesta, una copia completa del testo contrattuale idonea per la stipula; a scelta del cliente può essere consegnato il solo documento di sintesi. La consegna avviene entro tempi congrui rispetto alla richiesta. Nei contratti di finanziamento, considerato che la determinazione delle condizioni economiche è preceduta da un'istruttoria, il cliente può scegliere tra: i) la consegna di copia del contratto idonea per la stipula, che può essere subordinata al pagamento di una somma non eccedente le spese di istruttoria (il cui ammontare massimo è pubblicizzato nel foglio informativo); ii) la consegna gratuita: dello schema di contratto, privo delle condizioni economiche; di un preventivo contenente le condizioni economiche basate sulle informazioni fornite dal cliente. Per i contratti di mutuo ipotecario offerti ai clienti al dettaglio, la consegna della copia del contratto idonea per la stipula è gratuita a partire dal momento in cui viene concordata la data per la stipula presso il notaio. Negli altri casi la consegna è sempre gratuita. La consegna non impegna le parti alla stipula del contratto. Il diritto del cliente di ottenere copia del testo contrattuale o del solo documento di sintesi non può essere sottoposto a termini o condizioni. In caso di modifica delle condizioni contrattuali indicate nella copia consegnata al cliente, l'intermediario, prima della conclusione del contratto, ne informa il cliente stesso e, su richiesta di quest'ultimo, gli consegna una copia completa del nuovo testo contrattuale idonea per la stipula ovvero una nuova copia del documento di sintesi. Il presente paragrafo si applica anche in caso di offerta fuori sede.

Nel senso della cumulabilità della responsabilità contrattuale con quella extracontrattuale, al fine di contemperare esigenze di natura sia privatistiche che pubblicistiche, si è espressa la giurisprudenza anche se con specifico riferimento alla tutela giuridica dell'informazione economica, C. Cass. 13.01.1993 n. 343: "l'imprenditore bancario che, omettendo di porre in essere la gamma di cautele imposte a tutela della corretta erogazione del credito, violi i doveri propri dello "status" dei soggetti facenti parte del sistema bancario, incorre in una responsabilità di natura extracontrattuale; ove poi lo stesso comportamento, risalente al medesimo autore, appaia lesivo pure di clausole contrattuali, l'imprenditore bancario è anche contrattualmente responsabile".

La Suprema Corte ha altresì sottolineato la necessità di assumere condotte trasparenti (Titolo VI TUB) con le sentenze n. 5562 del 07.06.1999 e n. 72 del 8.01.1997, per garantire un corretto svolgimento dell'attività di erogazione del credito. Il cliente ha dunque il diritto soggettivo autonomamente azionabile ad una corretta e veritiera informazione, pertanto sarà fonte di responsabilità della banca che fornisce informazioni inesatte, incomplete o non veritiere[22].

## La Fase Pre-Contrattuale

Risalendo adesso al dato normativo, è possibile rinvenire nel diritto positivo tre segmenti che caratterizzano la fase pre – contrattuale. Tali segmenti sono rinvenibili nell'art. 116 c. 3 TUB e nella delibera CICR 4 marzo 2003 n. 10 ovvero: Principali norme di trasparenza (art. 4); Fogli informativi (art. 5); Annunci pubblicitari (art. 7). Da questi dati normativi si rileva che il sistema contrattuale in materia bancaria e condizionato dall'obbligatorietà di informazioni preventive e di pubblicità del contenuto che incidono sulla validità del contratto. A questi obblighi si aggiungono, come già detto, quelli di consegna della copia completa dello schema contrattuale al cliente prima della conclusione del contratto, del documento di sintesi e il testo del contratto che dovrà essere sottoscritto (ovviamente includendo i dati relativi alla specifica operazione finanziaria, tasso effettivo globale adeguatamente pubblicizzato). Quanto ai fogli informativi, essi svolgono la loro funzione non solo alla informatizzazione circa le condizioni economiche: tasso di interesse, spese, commissioni ma anche delle condizioni non economiche, come ad esempio sugli esoneri e limitazioni di responsabilità, condizioni e termini di recesso, dati inerenti il soggetto bancario. Anche la Banca d'Italia ha posto l'obbligo alla banca di rendere pubblica una speciale informativa nota come disclosure sulla propria situazione economico patrimoniale, organizzazione amministrativa e contabile. È quindi evidente l'allargamento dello stesso concetto di trasparenza. Le regole di protezione sottese alla disciplina sulla trasparenza mirano da un lato alla protezione esclusiva del cliente, dall'altro denota l'interesse pubblico a dare effettività a tale tutela conferendo al giudice il potere di rilevare d'ufficio le derivate nullità: tali principi si rilevano dalla lettura dell' art. 127, comma 2, TUB.

Così come si è espresso il Collegio di Milano nella decisione n. 2672 del 2011;

- I. la correttezza innestata sull'obbligo di buona fede è principio di carattere generale
- II. il concetto di trasparenza viene ulteriormente ad ampliare il diritto all'informazione;
- III. il richiamo all'equità consente invece, al giudice, di riequilibrare contratti
- IV. alla tutela del diritto alla trasparenza non solo per i consumatori dello specifico settore dei contratti bancari... è poi dedicato l'intero titolo VI che non potrà comunque prescindere dai principi posti dal codice del consumo.

Come sottolineato da Cass. n. 24795 del 2008, principio poi ripreso dal Collegio di Roma nella decisione n. 2651 del 2012, al cliente deve essere fornita una conoscenza utile ritenendo insufficiente la semplice lettura dell'atto notarile già formato e

predisposto per la sottoscrizione in sede di stipula, poiché la sottoscrizione assumerebbe una sostanziale presa d'atto.

La Cassazione giunge a tale conclusione attraverso il richiamo dell'art. 1337 c.c. ritenendo tale clausola generale fonte autonoma di doveri informativi. Le informazioni pre-contrattuali, che hanno dunque la funzione di assenso consapevole al contenuto del contratto, devono a loro volta soddisfare i requisiti della chiarezza e comprensibilità.

Il Collegio di Roma nella decisione n. 1419 del 2012 rileva come l'indicazione di buona fede informativa ex articolo 1337 cc sia altresì rinvenibile nell'art. 5 comma 3 del Codice del Consumo: l'informazione resa al cliente deve assumere tono univoco senza alcuna ambiguità. Necessita tuttavia sul punto osservare che chiarezza e comprensibilità possono assumere una doppia rilevanza sia sul piano soggettivo che oggettivo, ovvero ciò che è comprensibile per l'uno può non esserlo per l'altro. Sul punto può correre in aiuto la disciplina della materia finanziaria, che attraverso lo strumento della c.d. suitability rule si procede ad indagare sulle caratteristiche soggettive del cliente. Rimandando a proseguo le questioni giuridiche sottese alle caratteristiche soggettive che le clausole dovrebbero avere per garantire effettività alla trasparenza è prodromico individuare il requisito minimo di ogni informativa (ovvero clausola) per individuare i criteri minimi di decodificazione oggettiva.

Si cita all'uopo il Collegio di Napoli che con la decisione n. 2186 del 2011 ha riscontrato che: "l'obiettiva inintelligibilità (oltre che illeggibilità) delle condizioni generali di contratto" e "l'indebita e irrituale sovrapposizione tra documento di sintesi e norme del contratto" determinano un "importante difetto di trasparenza informativa".

Altrettanto utili sono le decisioni del Collegio di Milano n. 650/2012 che rilevano l'unità di una clausola scritta in caratteri minuscoli, la n. 340 del 2011 che affronta il problema dell'offerta pubblicitaria che riportava le indicazioni di un TAEG più basso rispetto a quello contrattualmente imposto e la decisione n. 1017/2011 che affronta il caso di un contratto in cui TAN e TAEG non erano stati inseriti ed era stato lasciato uno spazio bianco da riempire.

Il principio dell'agevole comprensibilità

Come sin qui evidenziato, la disciplina sulla trasparenza ha subito negli anni una evoluzione, passando dagli elementari precetti di forma a verifiche strettamente sostanziali della effettività della trasparenza stessa. È quindi arrivato il momento di trattare il principio della c.d. agevole comprensibilità. Nelle Istruzioni di Vigilanza, a pag. 4 si legge che i documenti informativi sono redatti con modalità che garantiscono la correttezza, la completezza e la comprensibilità delle informazioni,

così da consentire al cliente di capire le caratteristiche e i costi del servizio, confrontare con facilità i prodotti, adottare decisioni ponderate e consapevoli<sup>[23]</sup> Sempre le istruzioni di vigilanza, a pag. 83, prevedono, nell'ipotesi di "forme complesse di remunerazione", l'obbligo per le banche di mettere a disposizione della clientela un "algoritmo che consenta un agevole calcolo dei costi", così come l'art. 123 c. 1 lett. F TUB stabilisce il dovere di pubblicare, laddove possibile, in anticipo l'importo totale del dovuto da parte del consumatore.

Il contratto, oltre ad essere di agevole comprensione deve essere altresì conciso – art. 125 bis TUB. In effetti come ha avuto modo di osservare l'ABF di Milano nella decisione n. 1381/2010, l'apparente dettaglio potrebbe celare una mancanza di trasparenza tale da rendere impossibile per il consumatore una scelta consapevole e mediata. Non manca nel diritto positivo, e l'Arbitro finanziario ne ha affrontato nella pratica le difficoltà applicative, l'apertura ad una informazione personalizzata. Le fonti di riferimento sono l'art. 124 TUB e le Istruzioni di Vigilanza (non propriamente fonte) che a pag. 3 recita, "in applicazione del principio di proporzionalità la disciplina si articola secondo modalità differenziate in ragione alle esigenze delle diverse fasce di clientela". Le Istruzioni di Vigilanza identificano come categoria i c.d. "clienti al dettaglio" per i quali vengono previsti obblighi comportamentali maggiori. È aperto il dibattito tra la scelta da operare tra informazione differenziata e informazione personalizzata. Mentre per la prima ipotesi sono richiesti diversi standards astrattamente idonei ed adeguati, nella seconda ipotesi si individuano informazioni comuni plasmate su caratteristiche concrete del singolo cliente. Il Collegio di Milano nella decisione n. 3891/2012, afferma, tuttavia che : "adempimento di obblighi informativi gravanti su una impresa bancaria non può essere calibrato sulle qualità soggettive dei singoli clienti e che le indicazioni relative alla professionalità del ricorrente sono insufficienti anche al fine di configurare un concorso di colpa ex art. 1227 c.c."

È utile ricordare la Comunicazione del 7 aprile 2011, la Banca d'Italia sollecita gli intermediari, alla lettera b) adottare presidi organizzativi per evitare che i clienti siano indirizzati verso operazioni incoerenti con le loro condizioni economico finanziarie, come richiesto dal Provvedimento in materia di trasparenza del 29 luglio 2009. In tale ambito andrà valutata l'adozione di strumenti, anche informatici, che consentano di verificare la coerenza del prodotto con le caratteristiche economico-finanziarie e attuariali delle diverse categorie di clienti (tale valutazione deve essere effettuata con particolare attenzione nei casi di rinnovo e nei finanziamenti da erogare alle persone in età avanzata). È, inoltre, necessario rafforzare le procedure interne volte a valutare la sostenibilità dell'operazione da parte della clientela, conformemente a quanto previsto dalla disciplina sulla valutazione del merito creditizio;

Sempre nella Comunicazione del 7 aprile 2011, nell'allegato, in relazione alla trasparenza si legge: Sul punto, si sottolinea la necessità di assicurare uno scrupoloso rispetto dell'obbligo posto dalla vigente normativa di evitare che i clienti siano indirizzati verso operazioni incoerenti con le loro condizioni economico finanziarie ed attuariali, come richiesto dal citato Provvedimento in materia di trasparenza del 29 luglio 2009[25]. Ciò richiede che siano attentamente valutate eventuali azioni promozionali nei confronti della specifica categoria di debitori, indipendentemente dalla previsione di un'età massima per gli stessi.