



# **Gli effetti del contratto e la circolazione dei beni.**

Corso di Diritto Civile  
A.A. 2015-2016

**Prof. Giuseppe Vettori**

---

# GLI EFFETTI DEL CONTRATTO E LA CIRCOLAZIONE DEI BENI

## INDICE

|      |   |       |
|------|---|-------|
| 1.   | La forza di legge del contratto .....   | p. 1  |
| 1.1. | La vincolatività .....  | p. 2  |
| 1.2. | Forza di legge e “contratto giusto” .....   | p. 4  |
| 1.3. | I contratti dei consumatori .....   | p. 6  |
| 1.4. | I contratti fra imprese .....   | p. 7  |
| 1.5. | Il contratto usurario .....   | p. 8  |
| 1.6. | Un nuovo ordine in formazione .....   | p. 9  |
| 2.   | Rilevanza, efficacia ed opponibilità .....  | p. 12 |
| 2.1. | Il comma 2° dell’art. 1372 c.c. ....  | p. 12 |
| 2.2. | Rilevanza ed opponibilità .....   | p. 13 |
| 2.3. | L’opponibilità .....  | p. 17 |
| 2.4. | Opponibilità del titolo esecutivo e non del diritto<br>.....»   | p. 20 |
| 2.5. | La responsabilità del terzo per violazione del<br>contratto .....   | p. 22 |
| 3.   | Gli effetti del contratto .....   | p. 28 |
| 3.1. | Effetti fra le parti .....  | p. 28 |
| 3.2. | Effetti nei confronti dei terzi .....   | p. 30 |
| 4.   | I contratti ad effetti reali .....  | p. 32 |
| 4.1. | Premessa .....  | p. 32 |
| 4.2. | La circolazione dei beni: le soluzioni adottate negli<br>ordinamenti europei. La tensione verso soluzioni<br>uniformi ..... | p. 34 |
| 4.3. | L’acquisto di cose mobili e la Convenzione di<br>Vienna .....   | p. 40 |
| 4.4. | L’acquisto dei titoli di credito .....  | p. 45 |
| 4.5. | Gli acquisti di cose immobili e la trascrizione .....   | p. 53 |
| 5.   | Principio consensualistico e autonomia privata: la<br>derogabilità .....  | p. 56 |
| 6.   | Il contratto preliminare .....  | p. 63 |
| 6.1. | Distinzione dalle figure affini .....   | p. 63 |
| 6.2. | Il patto di prelazione .....  | p. 65 |

|        |  |        |
|--------|--|--------|
| 6.3.   | La puntuazione e le lettere di intenti .....   | p. 66  |
| 6.4    | Accordi normativi .....  | p. 69  |
| 6.5.   | Il preliminare di preliminare e la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 6 marzo 2015 n. 4628 .....                | p. 71  |
| 6.6.   | Preliminare e definitivo .....   | p. 73  |
| 6.7.   | La causa del contratto definitivo .....  | p. 76  |
| 6.8.   | Ambito disciplinare .....  | p. 78  |
| 6.9.   | Effetti .....  | p. 79  |
| 6.10   | Rimedi .....   | p. 87  |
| 6.11.  | Cedibilità del preliminare .....   | p. 89  |
| 6.12.  | La sentenza costitutiva di cui all'art. 2932 c.c. ....»  | p. 90  |
| 7.     | La clausola penale e la caparra .....  | p. 92  |
| 7.1.   | La clausola penale .....   | p. 92  |
| 7.2.   | La caparra confirmatoria .....   | p. 96  |
| 7.2.1. | La caparra confirmatoria e l'ord. della Corte costituzionale n. 77 del 2014 .....  | p. 98  |
| 7.3.   | Correzione giudiziale e principi costituzionali ....»  | p. 101 |
| 8.     | Negoziato indiretto e negozio fiduciario .....   | p. 104 |
| 9.     | Il ruolo del contratto nell'assetto dei beni. Obbligazioni e vincoli di destinazione .....                                     | p. 108 |
| 10.    | Il <i>trust</i> .....  | p. 121 |
| 10.1.  | <i>Trust</i> e diversità dei sistemi .....   | p. 121 |
| 10.2.  | Un inventario delle incertezze .....   | p. 123 |
| 10.3.  | La giurisprudenza di merito sui <i>trust</i> interni .....   | p. 125 |
| 10.4.  | <i>Trust</i> e separazione patrimoniale: il compito del giurista .....   | p. 129 |
| 10.4.  | Il <i>trust</i> nelle sentenze della Corte di Cassazione ...»  | p. 133 |
| 11.    | L'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645-ter c.c. ....»   | p. 136 |
| 11.1.  | La norma e la sua <i>ratio</i> .....   | p. 136 |
| 11.2.  | I presupposti e il contenuto dell'effetto .....  | p. 142 |
| 11.3.  | L'opponibilità: le obbligazioni reali e i limiti al potere di disposizione .....   | p. 147 |
| 11.4.  | Un esempio concreto. L'atto di destinazione nella crisi familiare: Decreto del Tribunale di Reggio Emilia, 23 marzo 2007 ..... | p. 150 |
| 11.5.  | Destinazione e atto traslativo .....   | p. 155 |
| 12.    | La simulazione .....   | p. 157 |
| 12.1.  | Gli effetti della simulazione fra le parti .....   | p. 159 |
| 12.2.  | Efficacia della simulazione nei confronti dei terzi .....  | p. 160 |

|         |   |        |
|---------|---|--------|
| 12.3.   | La prova della simulazione .....  | p. 162 |
| 13.     | L'integrazione .....  | p. 167 |
| 13.1.   | L'integrazione cogente: la legge .....  | p. 167 |
| 13.2.   | L'integrazione suppletiva: gli usi e l'equità .....   | p. 169 |
| 13.3.   | Il ruolo della clausola di buona fede nella<br>formazione e nell'esecuzione del contratto .....                         | p. 171 |
| 13.3.1. | La buona fede nel sistema italiano .....  | p. 171 |
| 13.3.2. | L'evoluzione della giurisprudenza italiana .....  | p. 172 |
| 13.3.3. | Sulla discrezionalità del giudice .....   | p. 173 |
| 13.3.4. | Sui contenuti della discrezionalità .....   | p. 176 |
| 13.4.   | La buona fede nel diritto comunitario .....   | p. 176 |
| 13.5.   | Le conseguenze della violazione .....   | p. 183 |
| 13.6.   | La buona fede nella fase di trattative e della<br>conclusione .....   | p. 188 |
| 13.7.   | Responsabilità e contratto valido: la svolta<br>giurisprudenziale .....   | p. 192 |
| 13.7.1. | Regole di responsabilità e di validità .....  | p. 192 |
| 13.7.2. | La coesistenza fra contratto valido e la<br>responsabilità per la violazione della buona fede<br>nelle trattative ..... | p. 196 |
| 13.7.3. | Le asimmetrie informative e la regola di buona<br>fede .....  | p. 198 |
| 13.7.4. | L'obbligo di informazione fra fattispecie e<br>comportamento .....  | p. 200 |
| 13.8.   | Tipologia della condotta .....  | p. 202 |
| 13.9.   | Natura della responsabilità precontrattuale .....   | p. 203 |
| 13.10.  | La buona fede nella esecuzione del contratto .....  | p. 207 |
| 14.     | L'abuso di diritto .....  | p. 210 |
| 14.1.   | Clausole generali e giudizio di legittimità .....   | p. 210 |
| 14.2.   | Il segno dei tempi .....  | p. 211 |
| 14.3.   | Le sentenze di legittimità .....  | p. 213 |
| 14.4.   | L'abuso del diritto in Italia e in Europa .....   | p. 214 |
| 14.5.   | Abuso e elusione tributaria .....   | p. 218 |
| 14.6.   | L'abuso della libertà contrattuale .....  | p. 220 |
| 14.7.   | Abuso e buona fede .....  | p. 223 |
| 15.     | La rappresentanza .....   | p. 225 |
| 15.1.   | Le figure simili .....  | p. 225 |
| 15.2.   | Le caratteristiche .....  | p. 227 |
| 15.3.   | Fonti della rappresentanza .....  | p. 234 |
| 15.4.   | La procura .....  | p. 236 |
| 15.5.   | Capacità e vizi della volontà .....   | p. 239 |
| 15.6.   | <i>Falsus procurator</i> .....  | p. 241 |

|       |  |        |
|-------|--|--------|
| 16.   | Cessione del contratto .....   | p. 246 |
| 16.1. | Nozione e natura giuridica .....   | p. 246 |
| 16.2. | Causa, forma, oggetto .....  | p. 249 |
| 16.3. | Le parti del contratto .....   | p. 252 |
| 16.4. | Cessione modificativa e cessione parziale del contratto .....  | p. 253 |
| 16.5. | Contratti con la clausola “all’ordine” .....   | p. 254 |
| 16.6. | Analogie e differenze con altri istituti .....   | p. 255 |
| 17.   | Contratto per persona da nominare .....  | p. 258 |
| 17.1. | Nozione e natura giuridica .....   | p. 258 |
| 17.2. | Contratti ai quali può essere apposta la riserva di nomina .....                                       | p. 261 |
| 17.3. | Trasmissibilità del contratto per persona da nominare e del potere di nomina .....                     | p. 261 |
| 17.4. | La dichiarazione di nomina .....   | p. 262 |
| 17.5. | Analogie e differenze con altri istituti .....   | p. 266 |
| 18.   | Contratto a favore di terzo .....  | p. 268 |
| 18.1. | Nozione .....  | p. 268 |
| 18.2. | L’interesse dello stipulante .....   | p. 270 |
| 18.3. | La dichiarazione del terzo di voler beneficiare della stipulazione .....                               | p. 271 |
| 18.4. | Vicende del contratto .....  | p. 272 |
| 18.5. | Applicabilità dello schema del contratto a favore di terzo ai contratti ad effetti reali .....         | p. 273 |
| 18.6. | Rapporto tra stipulante, promittente e terzo .....   | p. 274 |
| 18.7. | Contratto con prestazione da effettuare al terzo dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.) ..... | p. 275 |
| 18.8. | Analogie e differenze con altri istituti .....   | p. 275 |

# GLI EFFETTI DEL CONTRATTO E LA CIRCOLAZIONE DEI BENI

## 1. La forza di legge del contratto

La prima sezione del Capo quinto contiene le disposizioni generali sugli effetti del contratto e l'art. 1372 c.c. prevede due regole contrapposte e del tutto diverse. Nella prima si afferma che il contratto ha forza di legge usando un'espressione discussa già nella fase della sua originaria formulazione, ed oggetto, oggi, di un attento ripensamento<sup>1</sup>. Nel secondo comma si trova espresso il principio della relatività degli effetti dell'atto di autonomia anch'esso bisognoso di un'attenta analisi critica rispetto al passato<sup>2</sup>.

Impostazione  
del problema

Di entrambe si dovrà esaminare il significato attuale muovendo dall'equiparazione fra legge e contratto che è stata definita enfatica o impropria, felice ed errata<sup>3</sup> a seconda dell'epoca storica e delle convinzioni personali dei commentatori che non possono non riconoscere, comunque, la fondamentale importanza della norma, la quale a ben vedere esprime l'essenza stessa del contratto.

Il tono solenne è giustificato dall'intenzione, risalente a Domat<sup>4</sup>, di attribuire all'accordo il valore e la capacità di creare un vincolo irretrattabile «tra due persone che si fanno legge delle parole scambiate», ed è questa la prima conseguenza che si produce in presenza del negozio che viene riconosciuto dalla legge idoneo a realizzare gli effetti rispondenti alla sua funzione. La sua stessa esistenza «come atto di autonomia (rilevante per il diritto) costituisce di già una situazione giuridica nuova»<sup>5</sup> e consente di formulare una

---

<sup>1</sup> G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 7 ss., e F. CARRESI, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di A. Cicu-F. Messineo-L. Mengoni, 1987, p. 244 ss.; V. ROPPO, *Il Contratto*, Milano, 2001, p. 531 ss.

<sup>2</sup> V. da ultimo M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 110 ss.; ID., in *I contratti in generale, Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1109 ss. e G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, Milano, 1995, p. 35 ss.

<sup>3</sup> v. P. RESCIGNO, voce *Contratto*, in *Enc. giur.*, 1988, p. 28 ss.; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1990, p. 865; G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 7, nt. 2.

<sup>4</sup> *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Paris, 1723, I, 1, p. 23 ss.

<sup>5</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1969, p. 100 ss.; ID., *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 357.

distinzione importante fra rilevanza ed efficacia negoziale da cui muove la successiva esposizione con una precisa opzione di metodo che va subito esplicitata.

L'idea che il contratto e la sua disciplina possano essere definiti solo in base agli effetti da cui andrebbero desunti tutti gli estremi del fatto non è appagante perché tende a risolvere sul piano della struttura un problema conoscitivo che può essere affrontato solo riflettendo sulla pluralità di valutazioni che la norma sollecita nei confronti di uno stesso contratto. La cui unità si distingue in una serie di prospettive diverse a seconda che si consideri la formazione dell'accordo, la sua giustificazione causale, gli effetti od il suo rilievo esterno<sup>6</sup>.

La sequenza di atti che disciplinano la conclusione del contratto acquista contorni definiti solo depurandola dal piano della fattispecie, secondo criteri formali dettati dal codice per quella fase essenzialmente dinamica. D'altra parte l'accordo non è di per sé idoneo a costituire, modificare o estinguere rapporti patrimoniali ma lo è solo se meritevole di tutela ed emerge, quindi, su di un piano diverso il profilo della causa e del tipo. Al fatto così integrato l'ordinamento, secondo una propria valutazione, riconnette effetti impegnativi fra le parti (art. 1372 c.c.) e per i terzi direttamente interessati (artt. 1372, 1411 c.c.) e, in prospettiva diversa dall'efficacia, si profila la rilevanza del negozio nei confronti dei terzi che è conseguenza, vedremo, autonoma rispetto agli effetti<sup>7</sup>.

Sicché per chiarire la dinamica degli effetti occorre analizzare una pluralità di valutazioni da cui emergono, come conseguenza, *la vincolatività, l'efficacia, la rilevanza e l'opponibilità* come giudizi in ordine a problemi diversi che esigono risposte diverse.

## 1.1. La vincolatività

Si è detto di recente che la forza di legge del contratto trova smentite «via via più numerose e rilevanti»<sup>8</sup> e da qui occorre muovere per chiarire il primo aspetto che può essere ricostruito in base ad elementi spesso contraddittori.

La forza di legge del contratto.

Da un lato, l'equiparazione viene presa sul serio dalla Cassazione che riconosce il carattere vincolante delle norme sull'interpretazione del contratto e ammette il controllo di legittimità sulla ricostruzione della volontà comune delle parti e sulla qualificazione, quando si lamenti

Erosione del principio

<sup>6</sup> v. G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 62 ss.

<sup>7</sup> v. così testualmente G. VETTORI, *op. cit.*, pp. 69-70 ed ivi una più ampia motivazione.

<sup>8</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 11 ss.

l'applicazione della disciplina di un «tipo legale ad un contratto che è invece di altro tipo»<sup>9</sup>.

Dall'altro, sono moltissimi i segni di erosione del principio.

Il fenomeno della «sostituzione di clausole pattizie con disposizioni di legge è al massimo della diffusione» e si accentuano le ipotesi in cui il contenuto del contratto deve ispirarsi all'informazione e alla fedeltà con quanto previsto, pena la sostituzione con clausole e modalità prefissate. Non solo la legge, ma sempre più spesso fonti secondarie e regolamentari, predeterminano aspetti rilevanti della negoziazione. Ad alcune parti viene attribuito il potere, in determinati casi, di modificare unilateralmente il rapporto contrattuale, consentendo all'altra di recedere quando sia esercitato lo *ius variandi*, ma l'aspetto più significativo ai nostri fini è la precisazione delle modalità di scioglimento del vincolo oggi consentite<sup>10</sup>.

Dalle cause ammesse dalla legge per l'eliminazione del vincolo può trarsi un segno preciso sul valore attuale della forza di legge del contratto<sup>11</sup>.

Alcuno vi comprende la revoca ed il recesso<sup>12</sup>, altri la risoluzione<sup>13</sup>, altri ancora la rescissione<sup>14</sup> assieme a tutte le altre impugnative del contratto<sup>15</sup>. Un'interpretazione letterale della norma, ove si indicano casi di scioglimento, potrebbe far escludere le cause di invalidità<sup>16</sup>, ma tale lettura è riduttiva e non consente di individuare il significato attuale della vincolatività, intaccata da una serie di norme «di protezione» che incidono in modo significativo sulla stabilità della regola negoziale.

È opportuno, dunque, rinviare all'approfondimento di tali istituti e fermare la nostra attenzione proprio sulle nuove figure di nullità e di inefficacia del vincolo, a tutela di assetti negoziali caratterizzati dal rilievo di uno squilibrio fra diritti ed obblighi e da contegni in mala fede. Non foss'altro perché il confronto con le ragioni e il fondamento dell'originaria formulazione del principio della forza di legge apparirà utile ed illuminante.

---

<sup>9</sup> ID., *op. cit.*, p. 20 ss.

<sup>10</sup> ID., *op. cit.*, p. 25 ss.

<sup>11</sup> v. sul punto A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 32 ss. e da ultimo, M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 42 ss.

<sup>12</sup> P. RESCIGNO, voce *Contratto*, cit., p. 21.

<sup>13</sup> G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Commentario del codice civile*, Torino, 1987, *sub* art. 1372, p. 292.

<sup>14</sup> F. GALGANO, *Diritto privato*, Padova, 2000, p. 304.

<sup>15</sup> V. ROPPO, voce *Contratto*, in *Dig. disc. priv. sez. civ.*, Torino, 1989, p. 130; ID., *Il Contratto*, *op. cit.*, p. 537.

<sup>16</sup> G. DE NOVA, *op. cit.*, p. 32.



## 1.2. Forza di legge e “contratto giusto”

I Commentatori francesi<sup>17</sup> nell’ottocento avevano ben chiaro il valore della sicurezza e della libertà del commercio «*qui exige qu’on ne puisse facilement revenir contre les conventions*»<sup>18</sup>.

Questo limite, di interesse generale, contro la possibilità di «intentare facilmente azioni contro i contratti»<sup>19</sup> giustifica la delimitazione rigorosa delle impugnative contrattuali<sup>20</sup> ed ha una precisa giustificazione. Il valore dell’autonomia e della libertà contrattuale si identifica con l’utilità sociale, così come la legge della domanda e dell’offerta esprime l’interesse generale. Per favorire gli scambi è necessario svincolare le parti di un contratto da lacci e laccioli e il principio del *laisser faire* si completa implicitamente con quello del *laisser contracter*<sup>21</sup>.

La stabilità del contratto, come principio connaturale al potenziamento del libero scambio, penetra nel *Code Civil* ove esiste già un germe della sua dissoluzione. L’art. 6 subordina all’ordine pubblico e al buon costume la libertà contrattuale ed introduce un controllo di validità delimitato, non dalla morale o dalla coscienza, ma da principi giuridici che inducono a ripensare, dalla seconda metà dell’ottocento in particolare, la natura ed il fondamento dell’atto di autonomia. La cui forza obbligatoria per oggetto di quella disposizione, trova radici non solo nell’autonomia della volontà, ma nella ricerca da parte del diritto positivo “dell’utile e del giusto”, dei fini e delle condizioni che delimitano il suo regime giuridico<sup>22</sup>.

Scarse sono tuttavia le modifiche in Italia sino all’ultimo decennio.

Autonomia  
ed equilibrio  
contrattuale

Lo spirito del  
*Code Civil* e  
l’evoluzione  
italiana

---

<sup>17</sup> R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, Tome premier, Bruxelles, 1835, p. 26.

<sup>18</sup> R. J. POTHIER, *op. cit.*, p. 27.

<sup>19</sup> L’espressione è ripetuta nel Trattato della vendita, seconda edizione italiana, Livorno, 1841, p. 501 ove si esamina (articolo IV) «se il venditore... possa vendere per un prezzo al di là del giusto». La conclusione è chiara. «Ordinariamente il compratore non è ammesso a dolersi di aver comprato più caro del giusto prezzo, esigendo l’interesse del commercio che le parti non siano ammesse facilmente ad intentare azioni contro i loro contratti» (p. 501).

<sup>20</sup> R. J. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, II ed. trad. it., Napoli, 1820, I, p. 170 par. 208.

<sup>21</sup> J. GHESTIN, in *Traité de droit civil, Le Contrat: formation*, Parigi, 1988, p. 178 ss.

<sup>22</sup> v. J. GHESTIN, *op. ult. cit.*, ma in una prospettiva storica e comparativa, V. i saggi di A. RIEG, *Le rôle de la volonté dans l’acte juridique en droit civil français et allemand*, Strasbourg, 1965; J. P. DAWSON, *Unconscionable coercion: the German version*, in *Harvard Law Review*, 1975; J. GORDLEY, *Equality in exchange*, in *California Law Review*, 1981.

Negli anni '60 e '70<sup>23</sup> domina «un'ideologia forte che pone al centro della Costituzione economica l'intervento pubblico nell'economia, attribuendo alla volontà politica il compito della stessa definizione dello sviluppo economico»<sup>24</sup>, e solo negli anni '80 mutano radicalmente la modalità di intervento e lo stesso sistema delle fonti, in virtù, in particolare, dell'Atto unico Europeo del 1986, che ha reso impossibile la prosecuzione di una modalità così oppressiva dell'intervento dello Stato nell'economia<sup>25</sup>.

Gli interventi  
normativi più  
recenti

Nessuna norma sino agli anni '90 innova la contrattazione di massa e la concorrenza fra imprese. L'equilibrio negoziale è ancora in gran parte affidato alla normativa contenuta nel codice e in particolare alla rescissione, istituto di natura oscura e controversa, assai poco applicato nella prassi. Negli anni successivi gli interventi sono frequenti e tali da capovolgere il quadro normativo esistente. I contratti dei consumatori ricevono una attenzione specifica prima nel codice civile, ove si inserisce un nuovo Capo (XIV *bis*), e poi nel Codice di consumo. D'altra parte la disciplina dei contratti usurari e dei rapporti fra imprese è profondamente innovata nel metodo e nei contenuti.

---

<sup>23</sup> Si veda, in particolare, per tale dibattito il saggio di S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969; P. BARCELLONA, *Intervento statale ed autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1968; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969; R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1975, VI, 2. V. altresì G. MARINI, *Ingiustizia dello scambio e lesione contrattuale*, in *Riv. critica dir. privato*, 1986, p. 257 ss.; ID., voce *Rescissione (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXIX, p. 970 ss.

<sup>24</sup> La distinzione tradizionale fra ordine pubblico di protezione e di direzione è utilizzata in Francia dallo stesso legislatore: v. loi n. 78 du 10 janvier 1978, relativa «à l'information et à la protection des consommateurs dans certaines opérations de crédit»; la loi n. 79-596 du 13 juillet 1979 sulla «protection des entrepreneurs dans le domaine du crédit immobilier») e dalla giurisprudenza che sottolinea la differenza nei due casi del regime giuridico della nullità degli atti (v. Cass., 15 mai 1996, in *RJDA*, 1996, n. 1077; Cass., 10 janvier 1995, in *Bull. civ.*, I, n.18; Cass., 17 mars 1998, in *JCP*, 1998, p. 778). In dottrina si sottolinea una sensibile riduzione dell'area dei principi di ordine pubblico di direzione che conservano un decisivo ruolo nel diritto monetario e della concorrenza (v. M.E. TIAN-PANCRAZI, *La protection Judiciaire du lien contractuel*, Aix-Marseille, 1995) e un consistente aumento di disposizioni di ordine pubblico volte al riequilibrio di una «relation contractuelle inégale» e ciò non solo nei rapporti di consumo ma anche – in particolare – nel contratto di «*bail commerciale, bail rural, la soustraction, agence commerciale, d'intégration agricole*». V. da ultimo la decisione du Conseil constitutionnel del 3 août 1994, in *JCP*, 1995, II, 22, 404; e del 20 mars 1997, in *RTD civ.*, 1998, 99, con nota di J. Mestre. Di questo autore si veda anche il rapporto al Convegno dell'Association Capitant sull'ordine pubblico, svolta a Beyrouth, nel maggio 1998.

<sup>25</sup> v. L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella Costituzione*, in *Persona e Mercato, Lezioni*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1996, p. 36.

La «forza di legge» del contratto non può non risentire di queste novità radicali: mutano le modalità di intervento sul contenuto e muta la disciplina del contratto in settori specifici, ove si prevedono statuti differenziati<sup>26</sup>. Tratto comune è la descrizione dell'impugnativa con ricorso a clausole generali (buona fede, abuso di dipendenza economica) e criteri di valutazione che attribuiscono all'interprete un ampio margine non solo nella identificazione della regola, ma nella selezione degli interessi e nella scelta della prevalenza di una o un'altra opzione di valore. Un breve elenco richiamerà questo aspetto.

### 1.3. I contratti dei consumatori

La legge dispone, come si è visto, che sono vessatorie le clausole di un contratto stipulato fra un professionista e un consumatore, che, malgrado la buona fede, comportino un significativo squilibrio fra i diritti e gli obblighi. L'art. 34 cod. cons. precisa che tale giudizio non attiene alla determinazione dell'oggetto e all'adeguatezza del corrispettivo<sup>27</sup>. Con ciò si vuol dire che non si attribuisce rilievo giuridico in sé alla sproporzione patrimoniale. Solo se l'oggetto o il corrispettivo non è chiaro o comprensibile l'interprete può considerare l'oscurità come sintomo di uno squilibrio determinato dalle modalità di redazione delle clausole. C'è dunque nella legge la preoccupazione di non sostituire il giudice alle parti nel giudizio di convenienza dell'affare, con il limite della trasparenza. Ma il sistema va oltre. Il codice italiano, la giurisprudenza europea, la Direttiva comunitaria, affiancano alla valutazione dello squilibrio la contrarietà alla buona fede. La cui attuazione esige che si abbia piena consapevolezza dei mutamenti radicali del diritto dei contratti<sup>28</sup>.

Al di là dei vari significati che essa ha assunto, la regola esprime un criterio di valutazione dell'attività esplicata dalle parti al fine della

Squilibrio e  
canone di buona  
fede

<sup>26</sup> Per una sintesi v. v. RIZZO, *Le «clausole abusive» nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, p. 308 ss.

<sup>27</sup> Fondamentali sul punto i saggi di L. RAISER, raccolti ora nel volume *Il compito del diritto privato*, Milano, 1990, v. in particolare *La libertà contrattuale oggi* (già pubblicato in *Juristenzeitung*, 1958, p. 1 ss.), *ivi*, p. 59. Importanti sul punto gli scritti di N. IRTI, v. in particolare, *I cinquant'anni del codice civile*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 228; ora in *Codice civile e società politica*, 1995, p. 53; *Persona e Mercato*, cit., p. 91 ss.

<sup>28</sup> È sufficiente sul punto un richiamo ai più recenti commentari v. in particolare *Condizioni generali e clausole vessatorie*, in *Dir. priv.*, 1996; *Clausole vessatorie e contratto del consumatore*, a cura di E. Cesaro, Padova, 1996; *Commentario al Capo XIV bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, a cura di C.M. BIANCA - F.D. BUSNELLI, Padova, 1998; *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. VETTORI, Padova, 1999; e, da ultimo, S. MEUCCI, in *Codice del Consumo. Commentario*, a cura di G. VETTORI, Padova, 2007.

concreta realizzazione del contenuto delle rispettive posizioni di diritto<sup>29</sup> e ad essa la legge affianca (art. 2 cod. cons.) nuovi diritti fondamentali dei consumatori e degli utenti alla correttezza, trasparenza ed equità nei rapporti contrattuali concernenti beni e servizi<sup>30</sup>.

#### 1.4. I contratti fra imprese

Come si è precisato, l'ordinamento italiano ha attuato con grande ritardo rispetto ad altri ordinamenti occidentali una normativa antitrust. Solo nel 1990 è stata approvata una disciplina a tutela della concorrenza e del mercato e la fattispecie più significativa, ai nostri fini, è l'abuso di posizione dominante, con la quale si disciplina il contegno di un'impresa che «si trovi a godere di una situazione di potenza economica grazie alla quale è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato ed ha la possibilità di tenere comportamenti indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori». La nozione di abuso è, dunque, «nozione obbiettiva che riguarda il comportamento di un'impresa atto ad influire sulla struttura del mercato in cui essa opera»<sup>31</sup>. La legge in tema di subfornitura

---

<sup>29</sup> Sul punto F.D. BUSNELLI, *Una possibile traccia per un'analisi sistematica della disciplina delle clausole abusive*, in *Commentario al capo XIV bis del codice civile*, cit., p. 12 ss.; ed *ivi*, L. BIGLIAZZI GERI, *Clausole vessatorie nel contratto fra professionista e consumatore*, p. 81 ss.; M. NUZZO, *Accertamento della vessatorietà delle clausole*, p. 719 ss.; e G. VETTORI, *Introduzione*, in *Materiali e commento sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. XVII ss. V. in particolare G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Bari, 1999, A. GAMBARO, *Consumo e difesa dei consumatori. Un'analisi economica*, 1994; R. CARANTE, *Intorno al problema della individuazione delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, p. 981; A. ZITO, *Attività amministrative e rilevanza dell'interesse del consumatore nella disciplina antitrust*, 1998, p. 21 ss.; E. PICOZZA, *Le situazioni giuridiche soggettive nel diritto comunitario* in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di G. Santaniello, Padova, 1999, p. 30 e da ultimo v. V. ROPPO, *Il Contratto*, op. cit., p. 903 ss.; ID., *Il Contratto del duemila*, Torino, 2002, p. 23 ss.

<sup>30</sup> Al riguardo v. S. BENUCCI, *Commento sub. art. 2, in Codice del consumo. Commentario*, (cur.) G. VETTORI, cit., p. 23 ss.; ID., *La disciplina dei consumatori e degli utenti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, (cur.) G. VETTORI, Padova, 2002; R. COLAGRANDE, *Disciplina dei diritti dei consumatori e degli utenti*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1998, 4, p. 700 ss. Così G. ALPA, *Le persone fra cittadinanza e mercato*, Milano, 1992, p. 97 ss.; M. LA TORRE, *Disavventure del diritto soggettivo. Una vicenda teorica*, Milano, 1996, p. 400 ss.; ma v. ancora le pagine di W. CESARINI SFORZA, voce *Diritto soggettivo*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, p. 659 ss. V. per tutti v. V. FROSINI, voce *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1966, XV, p. 70 ss.; ed *ivi*, S. ROMANO, voce *Equità (dir. priv.)*, p. 97 ss.

<sup>31</sup> V., da ultimo, P. SIRENA, *La categoria dei contratti d'impresa e il principio della buona fede*, *Riv. dir. civ.*, 2006, 4, p. 415; G. CRESCI, *Intese restrittive della concorrenza e abuso di posizione dominante*, in *Materiali e commenti*, cit., p. 377; G. ALPA, *La legge sui diritti dei consumatori*, in

introduce la fattispecie dell'abuso di dipendenza economica riferibile ad ogni rapporto fra imprese, clienti e fornitrici<sup>32</sup>, quando una parte non ha la «reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti» o si trova comunque in uno stato di dipendenza, mentre l'altra ha la capacità di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi. L'abuso è descritto con il ricorso ad un elenco esemplificativo di ipotesi attinenti ad ogni fase contrattuale: dal rifiuto di contrarre, all'imposizione di condizioni ingiustamente gravose, all'interruzione arbitraria dei rapporti<sup>33</sup>.

Il Decreto legislativo n. 192 del 2012, in attuazione della Direttiva comunitaria 2011/7 UE, ora modificato dalla Legge n.161 del 2014 hanno introdotto una nuova disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali fra imprese. Si dettano particolari regole sul punto e si prevede un controllo giudiziale sull'accordo delle parti sul punto che sia gravemente iniquo<sup>34</sup>.

## 1.5. Il contratto usurario

La legge sull'usura (l. 7 marzo 1996, n. 108) pone problemi di coordinamento, per ogni rapporto, con la disciplina della rescissione e della nullità per contrarietà a norme penali imperative. Con essa si elimina il requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno (che diviene circostanza aggravante) e si configurano due ipotesi di reato:

---

*Corr. giur.*, 1998, p. 998; G. BERNINI, *Un secolo di filosofia antitrust*, Bologna, 1991; V. DONATIVI, *Introduzione della disciplina antitrust nel sistema legislativo italiano. Le premesse*, Milano, 1990; A. FRIGNANI - M. WAELBROECH, *Disciplina della concorrenza nella Cee*, Milano, 1983; L. DE LUCIA, *Le elaborazioni della dottrina tedesca e italiana sulla natura giuridica della concorrenza. Spunti per una riflessione sulla L. 10 ottobre 1990, n. 287*, in *Riv. dir. comm.*, 1994, p. 66 ss.; N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998; G. AMATO, *Il gusto della Libertà: l'Italia e l'Antitrust*, Roma-Bari, 1998; ID., *Il potere e l'antitrust*, Bologna, 1998.

<sup>32</sup> V. l'art. 9 della L. 18 giugno 1998, n. 192 e l'art. 11 L. 5 marzo 2001, n. 57 su cui G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Persona e Mercato*, 4, 2002, p. 1 ss.

<sup>33</sup> V. da ultimo, F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive. Appunti sul nuovo diritto dei contratti asimmetrici d'impresa*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, 10-12, p. 789 ss.; C. CALI - G. TUZZI, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della l. 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 1, p. 99 ss.; *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. CUFFARO, Napoli, 1998, ed ivi un'ampia bibliografia sul tema, su cui si veda almeno R. CASO - R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 4, p. 712 ss.; G. CRESCI, *I contratti di subfornitura in Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 673. v. *Parere dell'Autorità Garante per la concorrenza ed il Mercato* del 20 giugno 1995. G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, 3, p. 449.

<sup>34</sup> V. da ultimo S.PAGLIANTINI, *Spigolature sull'art.7,commi 1 e 2 del D.Lgs.231/02*, in *Persona e mercato*, 2015, 2.

una a carico di chi si fa dare o promettere interessi o vantaggi usurari, entro un limite fissato per legge, l'altra nei confronti di chi, al di sotto della soglia legale, si fa dare o promettere vantaggi, o compensi che «risultano sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizioni di difficoltà economica o finanziaria».

Il testo dell'art. 1815 c.c. è a sua volta modificato aggravando la nullità della clausola che determini, nel mutuo, interessi usurari<sup>35</sup>.

## 1.6. Un nuovo ordine in formazione

Dunque, la legge ha creato rimedi nuovi contro l'abuso di posizioni di forza acquisite in virtù del libero mercato. Il quale come «istituzione di utilità sociale» esige anche restrizioni all'autonomia privata a garanzia della correttezza e trasparenza delle operazioni commerciali. Clausole abusive, posizioni dominanti, eccessivi squilibri, sono di ostacolo al formarsi di un mercato unico e incidono negativamente sulla domanda di beni e servizi che deve essere agevolata e stimolata anche depurando le contrattazioni da contenuti e contegni illeciti<sup>36</sup>.

È del tutto evidente come tale legislazione incida sulla irretrattabilità del contratto ponendo in luce un problema ulteriore.

Le Direttive possono essere attuate in modo diverso nei vari Stati e reagire al loro interno in modo differenziato a seconda dei diversi contesti normativi su cui incidono. D'altra parte «i sistemi normativi di diritto privato vanno perdendo la loro efficienza e utilizzabilità a mano a mano che leggi speciali emanate in attuazione delle Direttive vanno distruggendo la coerenza dei principi generali»<sup>37</sup>.

Controllo sulla  
congruità dello  
scambio:

Importanza dei  
principi e delle  
fonti persuasive

<sup>35</sup> v. G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 32 ss.; e per una analitica lettura della L. 28 febbraio 2001, n. 24, G. PASSAGNOLI, *Il contratto usurario tra interpretazione giurisprudenziale ed interpretazione autentica*, in *Persona e Mercato*, 4, 2002, p. 27 ss.; ID, *Contratto usurario e sopravvenienza normativa*, Padova, 2005.

<sup>36</sup> v. G. BONILINI, *op. cit.*, p. 223; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, *op. cit.*, p. 37 ss.

<sup>37</sup> v. J. MESTRE, *Osservazioni a Conseil Constitutionnel, 3 août 1994*, in *Rev. trim. dr. civil*, 1996, p. 151; ID., *Rapport au Congrès de l'Association Capitant su l'Ordre public économique*, del maggio 1998, ove si osserva che «toutes les interventions produisent une sorte d'effet de masse qui impressionne sans doute le juge dans son approche générale du contrat». Mestre osserva altresì che la Cassazione francese tende a «faire apparaître une sorte de noyan dur d'obligations fondamentales, et d'obligations d'ordre public directement ou encore à travers des clauses de non responsabilité». Si veda Cass. 22 ottobre 1996, in *Bull. civ.*, IV, n. 261; Cass. 2 dicembre 1997, *Défrénois*, 1998, 342.v. sul punto anche C. THIBIERGE-GUELFUCCI, *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1997, 2, p. 357 ove si

Di qui la crescente importanza di «principi» che non hanno un valore cogente, ma svolgono una funzione importantissima nell'ordinare le linee di sviluppo del diritto comunitario, nell'indicare al legislatore e al giudice nazionale le modalità con cui è possibile recepire le novità normative di provenienza comunitaria, nel determinare o comunque creare una tappa verso una possibile codificazione europea del diritto dei contratti<sup>38</sup>.

I testi, sin ora elaborati, contengono disposizioni importanti con riguardo all'equilibrio contrattuale. I principi di diritto europeo dei contratti, formulati dalla Commissione Lando, prevedono un controllo per tutte le clausole non negoziate individualmente, di tal che una normativa pensata nei singoli ordinamenti nazionali per i consumatori o gli aderenti a contratti standard, tramite la generalizzazione aperta dei principi può aspirare a divenire regola nuova per ogni rapporto<sup>39</sup>. L'art. 3.10 dei principi Unidroit disciplina espressamente l'eccessivo squilibrio, prevedendo la possibilità di annullare il contratto o una clausola che attribuisca «ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo» in considerazione anche «dello stato di dipendenza, difficoltà economiche, necessità immediate oppure della imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità di trattare della parte svantaggiata»<sup>40</sup>.

---

esamina «*la remise en cause du dogma de l'autonomie de la volonté*» da parte «*de droits jeunes pleins de vitalité et mus par une puissance naturelle d'expansion, comme le droits de la consommation ou de la concurrence*».

Si veda altresì il dibattito recente sulla loi n. 96-588 del 1 luglio 1996 sulla «dealtà e l'equilibrio delle relazioni commerciali». V., in particolare, J. CL. et J. L. FOURGOUX, *La réforme de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la concurrence. La loi N° 96-588 du 1er juillet 1996: addition ou soustraction?*, Semaine juridique, Edition entreprise, 1996, N° 44/45, p. 459; R. CASO - R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura*, cit., p. 721, nt. 19, ove si osserva che le nuove norme «costituiscono una sorta di nuovo apparato di concorrenza sleale ispirato ad una filosofia diversa da quella tradizionale, quella del danneggiamento diretto del partner in aggiunta al concreto danneggiamento del concorrente collocato all'interno della normativa antitrust».

<sup>38</sup> V. DA ULTIMO T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006; N. REICH, *General Principles of EU Civil Law*, Intersentia, 2015; J. RUTGERS AND P. SIRENA, *Rules and Principles in European Contract Law*, Intersentia, 2015; G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015; C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea del codice*, in *Materiali e Commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 855 ed *ivi* il richiamo a J. BASEDOW, *A Common Contract Law for the Common Market*, in *33 Common Market L. Rev.* (1966), p. 1178; v. anche *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001; e *Il codice civile europeo*, a cura di G. Alpa e N. Buccico, Milano, 2001.

<sup>39</sup> V. M. J. BONELL, *I principi Unidroit. Un approccio moderno*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 231; per un'ampia bibliografia v. F. ADDIS, *Nota introduttiva ai Principi Unidroit*, in *Materiali e Commenti*, cit., p. 926.

<sup>40</sup> C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 857 ss.

È facile intuire, dopo questa frammentaria elencazione, come il problema dell'intangibilità del contratto sia oggetto di attenzione assai diversa dal passato, in ogni ordinamento, in ogni fonte di diritto. Dall'impossibilità di sindacare la congruità dello scambio al di là di ipotesi tipiche ad un nuovo assetto ove non è rilevante lo squilibrio in sé ma in quanto frutto di un abuso o di un contegno in mala fede<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> V. sul punto da ultimo, F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, 2, p. 303 ss.; ID., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 40 ss., ma già G. ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, in M.J. BONELL - F. BONELLI, *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, 1997, p. 225; M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contratto e impresa/Europa*, 1997, p. 141; F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contratto e impresa*, 1997, p. 417 ss. e così, L. MENGONI, *Ermenutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 80 ss., p. 120 ss.; S. RODOTÀ, *Diritti sociali*, in *Giuristi e legislatori, Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Atti del Convegno di Firenze del 26-28 settembre 1996, Milano, 1997, p. 70; v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Il contratto del Duemila*, *op. cit.*, p. 23 ss.



## 2. Rilevanza, efficacia ed opponibilità

### 2.1. Il comma 2° dell'art. 1372 c.c.

Con la formulazione dell'art. 1372 il legislatore mostra di aver piena consapevolezza del dibattito teorico in ordine alle conseguenze del contratto rispetto ai terzi.

In Francia, nei primi decenni del secolo, si verifica criticamente il principio di relatività degli effetti e si giunge a formulare una nozione indeterminata di terzo e un concetto assai lato di opponibilità, che racchiude ogni conseguenza indirettamente riferibile al contratto<sup>42</sup>. In Germania si elabora nelle opere di Jhering, il problema degli effetti riflessi valutati in funzione delle categorie logiche e giuridiche su cui è costruita la stessa nozione di negozio<sup>43</sup>.

Il legislatore italiano del '42, sotto il titolo «Degli effetti giuridici» riunisce nel Capo V tutte le norme che, pur in diverso modo e sotto diversi profili, disciplinano i vari aspetti effettuali del contratto<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> G.B. FERRI, voce *Parte del negozio giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1981, XXXI p. 901 n. 9; da ultimo, per una sintesi efficace v. V. ROPPO, *Il Contratto*, cit., p. 509 ss.

<sup>43</sup> M. FERRARA - SANTAMARIA, *Inefficacia e inopponibilità*, Napoli, 1939; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Milano, 1955; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1976; R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa (Considerazioni critiche intorno alla dinamica del diritto)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 337 ss.; M. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, in *Annali della Fac. di Macerata*, Macerata, 1929; ora in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 247 ss.; A. FALZEA, *Il soggetto nel sistema dei fenomeni giuridici*, Milano, 1939, p. 26; ID., voce *Fatto giuridico*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, p. 941 ss.; A. CATAUDELLA voce *Fattispecie*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, XVI, p. 926 ss.; P. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, Milano, 1940, p. 3; N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *Jus*, 1967, p. 58; e in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, p. 1095 ss.; ora in *Norme e fatti*, Milano, 1984, p. 3 ss.; V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1971, XXI, p. 350; v. G. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1983, p. 63 ss.; R. SACCO, *Il trasferimento della proprietà mobiliare*, in *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1989, p. 131 ss. e in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 442; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di L. MENGONI, Milano; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1983; ID., *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1998 e ID., in *I contratti in generale, Trattato dei contratti*, a cura di P. RESCIGNO, Torino, 1999, p. 1209 ss.

<sup>44</sup> Per la dottrina francese v. J. GHESTIN - B. DESCHE, *La vente*, in *Traité des Contrats*, a cura di J. Ghestin, Paris, 1991, p. 589 e le opere classiche di A. WEILL, *Le principe de la relativité des conventions en droit privé français*, Strasbourg, 1938 e CALASTRENG, *La relativité des conventions*, Toulouse, 1939; v. S. MARTY-P. RAYNAUD, *Obligations*, Paris, 1988, p. 270 ss.; H. ROLAND - L. BOYER, *Droit Civil, Obligations*, Paris, 1988-89, t. 2, p. 1207 ss.; J. FLOUR - J.L. AUBERT, *Les obligations*, Paris, 1988, vol. I, n. 431 ss.; C. LARROUMET, *Droit*

L'art. 1372 al secondo comma prevede il principio di relatività e al tempo stesso dà rilievo ad alcuni aspetti della tematica discussa nell'ambiente tedesco. Con l'uso del termine efficacia, più ampio di quello di effetti, la legge vuol alludere alla capacità espansiva e «a quel particolare (e per certi versi eccezionale) tipo di proiezione effettuale che, al di là delle parti, il regolamento negoziale può avere»<sup>45</sup>.

Art. 1372 c.c.  
e impostazione  
del problema.

Rilevanza,  
efficacia ed  
opponibilità

Il riferimento all'«efficacia», come si è esattamente osservato, finisce per confinare con l'idea stessa di rilevanza del contratto nei confronti dei terzi, mentre gli «effetti» che lo stesso produce ai sensi dell'art. 1372 sono una conseguenza logica dell'essere il negozio un regolamento di interessi e si producono quindi solo fra le parti.

Insomma, dal significato letterale dei termini impiegati dal legislatore e dalla sistematica adottata, emerge una diversa valutazione del contratto a seconda che si intenda regolare l'assetto di interessi che le parti hanno programmato o le conseguenze che da esso possono derivare per i terzi.

**Rilevanza, efficacia ed opponibilità** sono risposte diverse ai problemi che sorgono per la presenza dell'atto di autonomia; e su tali qualificazioni occorre soffermarsi, in breve.

## 2.2. Rilevanza ed opponibilità

Ciò che assume interesse per il diritto non è la situazione storica, che necessariamente ha un rilievo diverso in base ai giudizi ed alle scelte che su di essa possono operarsi<sup>46</sup>, ma è il fatto che risponde al criterio

---

*civil: Les obligations*, Paris, 1986, p. 743; J. M. AUSSEL, *Essai sur la notion de tiers en droit civil français*, Montpellier, 1951, p. 70 ss.; J. DUCLOS, *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*, Paris, 1984, nn. 27-28; F. BERTRAND, *Essai sur l'opposabilité des contrats aux tiers*, Paris, 1979, p. 5; J.L. GOUTAL, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, Paris, 1981, p. 32; I. MARCHESSAUX, *L'opposabilité du contrat aux tiers*, in *Les effets du contrat à l'égard des tiers, comparaisons franco-belges*, LGDJ, 1992, p. 68 ss.; P. DELMAS SAINT HILAIRE, *Le tiers à l'art juridique*, Thèse, Montesquieu-Bordeaux, 1998.

<sup>45</sup> Per la dottrina tedesca R. JHERING, *Die Reflexwirkungen oder die Ruchwirkung rechtlicher Thatsachen auf dritte Personen*, in *Jahrbucher fur die Dogmatik des heut.rom.und deutsch. Privatrechts*, X, 1871, p. 245 ss.; A. VON THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen burgerlichen Rechts*, Monaco-Lipsia, 1914, p. 167. L'idea che la struttura del rapporto obbligatorio non consenta un rilievo esterno del negozio si deve in particolare a A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. I, II<sup>a</sup> ed. modificata, Erlangen, 1873, recentemente ripubblicata presso Golbach, 1997, ma è stata ben presto criticata nella stessa dottrina tedesca v. J. GERNHUBER, *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe. Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*, in: *Festschrift für Arthur Nikisch*, Tübingen 1958, p. 249.

<sup>46</sup> Sulla soluzione adottata dal codice italiano del 1942 v. G. BENEDETTI, *Dal contratto al*

di individuazione definito e pensato secondo l'ordine di valutazioni proprie del formalismo giuridico, che ha un carattere del tutto peculiare.

Questa qualifica, che non è il fatto materiale né la conseguenza giuridica che da esso promana, è l'essenza giuridica del fatto, ossia la sua rilevanza per il diritto, che va tenuta distinta dall'efficacia anche se diverse sono le ricostruzioni concettuali proposte.

Il contratto, in quanto esiste come «fatto» sociale, ha un suo rilievo nei confronti dei terzi, assume un valore che impone, in ogni caso, ad essi di non interferire illegittimamente nelle posizioni create tra le parti<sup>47</sup>. In alcuni casi quel fatto, in virtù di un giudizio disposto dalla norma, può prevalere su altri incompatibili. In entrambe le ipotesi non è in

---

*negozio unilaterale*, cit.; ed in particolare G.B. FERRI, *Il negozio giuridico fra libertà e norma*, Rimini, 1990, ID., voce *Parte del negozio giuridico*, *op. cit.*, p. 901 ss. Sul codice precedente A. GIOVENE, *Il negozio giuridico rispetto ai terzi*, Torino, 1917, p. 49 ss.

Per un utilissimo confronto comparatistico v. *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva della storico-comparatistica* (a cura di L. VACCA), Milano, 1991. Fondamentale l'analisi storica di P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, Milano, 1992; per un'attenta analisi della *common law* si veda M.P. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel sistema inglese*, Milano, 1992.

<sup>47</sup> Per una prospettiva di sintesi v. da ultimo G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 138 ss., ID., *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 41 ss.; M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit., p. 216 e già F. SANTORO PASSARELLI, voce *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, p. 738; A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico*, Napoli, 1957; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, p. 120; A. LUMINOSO - G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare, Regole e dogmi*, Padova, 1998; A. CATAUDELLA, *I contratti. Parte generale*, Torino, 1990, p. 132; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di F. Vassalli, Torino, 1993; M. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1977, XIII, p. 755; M. COMPORI, *Diritti reali*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1980, p. 233; R. SACCO, voce *Circolazione giuridica*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; V. COLORNI, *Per una storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1968.

Chi nega autonomia alla rilevanza, muove da una visione delle vicende genetiche del rapporto costruita sull'idea di fatto giuridico come fatto produttivo di effetti, che la norma fa seguire attraverso una relazione posta dal diritto obbiettivo, e della giuridicità come nota del fatto che deriva dal nesso con gli effetti. Un modo di essere della fattispecie, quindi, determinato dall'efficacia che la norma le attribuisce. V. in tal senso F. CARNELUTTI, *Teoria generale del reato*, Padova, 1939, p. 43; ID., *Sistema del diritto processuale civile*, I, Padova 1955, pp. 58-59; ID., *Teoria generale del diritto*, Roma, 1955, p. 195; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., p. 7 ss.; N. COVIELLO, *Manuale di diritto civile italiano*, Milano, 1929, p. 308; v. altresì, W. H. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1866, pp. 71-74; F.L. Von KELLER, *Pandekten*, Leipzig, 1866, p. 720; O. GIERKE, *Deutsches Privatrecht*, I, München-Leipzig, 1895, p. 280; E. ZITELMANN, *Irrtum und Rechtsgeschäft*, Leipzig, 1879, pp. 200-225; V. THUR, *Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts*, II, cit., p. 142; FUCHS, *Fatto e conseguenza giuridica*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1928, pp. 44-45.

Si capisce come, in tal modo, si disconosca la stessa configurazione di una rilevanza giuridica, giacché un fatto rilevante è sempre un fatto efficace, e per converso, un fatto inefficace non è mai un fatto rilevante. V. sul punto N. IRTI, *Rilevanza, giuridica*, cit., pp.

---

106-107; A. FALZEA, voce *Fatto giuridico*, cit., p. 941; ID., voce *Rilevanza giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1989, XL, p. 90; S. MAJORCA, voce *Fatto giuridico, fattispecie*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1961, VII, p. 112; P. TRIMARCHI, *Atto giuridico e negozio giuridico*, cit., p. 3; ed in modo particolarmente incisivo R. SCOGNAMIGLIO, *Fatto giuridico e fattispecie complessa*, cit., p. 337 ss., secondo cui «la teoria dibattuta potrebbe ritenersi esatta solo se la fattispecie producesse di per sé gli effetti giuridici, nel qual caso, gli ostacoli da superare, per delineare il rapporto fatto-effetti, sarebbero d'ordine puramente costruttivo. Ma le cose stanno in modo del tutto diverso, essendo pacifico che la norma soltanto può essere la fonte di quegli effetti». M. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del «fatto» nell'esperienza giuridica*, cit., p. 247 ss. osserva che «l'inapplicabilità del criterio causale è dimostrata dall'osservazione che se la fattispecie fosse veramente la causa delle conseguenze giuridiche, ad identità di fattispecie dovrebbe corrispondere identità di conseguenze giuridiche; laddove ognuno sa che alla medesima fattispecie un sistema di norme giuridiche ricollega conseguenze giuridiche diverse e talvolta perfettamente opposte a quelle che ne ricollega un altro».

Per una sintesi del dibattito svolto nella dottrina tedesca sul nesso causale fra fatto ed effetto e sui tentativi di rivedere le basi teoriche di quella relazione v. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 35, nt. 106 ed *ivi* le citazioni di S. SCHLOSSMANN, *Der Vertrag*, Leipzig, 1876, pp. 17-18; H.C. ENNECCERUS U. NIPPERDEY, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, 2, Tübingen, 1960, p. 859; H. LEHMANN, *Allgemeiner Teil des BGB*, Berlin, 1958, p. 118; R. STAMMLER, *Theorie der Rechtswissenschaft*, Halle, 1923, pp. 179, 197 ss. Per un'analisi attenta v. anche la ricerca di P. CAPPELLINI, *Sistema iuris*, II, *Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, p. 319 ss. ed altresì M. CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto*, cit., p. 419; P. PIOVANI, voce *Fatto giuridico*, cit., p. 280, che considera il fatto giuridico non «un fatto che sta per essere nel diritto, bensì, per definizione, un fatto che già è del, nel diritto e che quindi è così come il diritto richiede che sia»; L. DE GIOVANNI, *Fatto e valutazione nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1958, p. 25, il quale osserva che «il fatto come presupposto, non gode di un'esistenza autonoma che lo sottragga, sia pure in parte ai caratteri che ad esso attribuisce l'ordine giuridico. In realtà qui esistenza vale individuazione».

S. PUGLIATTI (*L'atto di disposizione e il trasferimento dei diritti*, in *Diritto civile, Metodo teoria-pratica*, cit., p. 3 ss.; ID., *La trascrizione*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1957, p. 454, nt. 22) osserva che non si può «ritenere che la rilevanza giuridica del fatto sia qualcosa di essenzialmente diverso dall'idoneità a produrre l'effetto giuridico previsto, cioè la funzione del fatto come antecedente dell'effetto». Nello stesso senso A. FALZEA, (voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, XIV, p. 483, nt. 92). Il quale precisa che «a base di queste proposte sta l'idea che causa dell'effetto giuridico non sia il fatto, bensì le norme e che al fatto è riservato il compito più modesto di provocare l'efficacia della norma. Negato il nesso causale tra fatto ed effetto giuridico ed esclusa di conseguenza l'efficacia giuridica del fatto, non resterebbe che il rifugio teorico della rilevanza». Si reputa, insomma, errata l'idea che il fatto non abbia un'efficacia causale e che essa spetti unicamente alla norma, giacché essa non è in grado di produrre da sola l'effetto ed è perciò ridotta ad essere perenne schiava del fatto (*op. cit.*, p. 484).

Secondo M. CAMMARATA (*op. ult. cit.*, p. 390 ss.) il concetto di rilevanza riposa su alcuni riferimenti essenziali: un fatto e un'attività di sussunzione che prescinde dalla produzione di effetti. Che i due momenti debbano essere pensati in un ordine potenzialmente successivo è senz'altro esatto a condizione, però, che non si appiattiscano, l'una sull'altra, le due qualifiche, che restano, non solo logicamente, ma sostanzialmente distinte, giacché se una valutazione è sempre necessaria per il prodursi degli effetti non sempre alla valutazione conseguono effetti.

Rilevanza ed  
opponibilità

Differenze

gioco un certo modo di atteggiarsi degli effetti, ma un grado di rilevanza del fatto contrattuale e di eventuali comportamenti attuativi. Rilevanza ed opponibilità sono dunque qualifiche formali che esprimono la diversa attenzione dell'ordinamento: in un caso, alla semplice presenza del fatto negoziale, indipendentemente dagli effetti reali o obbligatori che da essi promanano; nell'altro, ad alcuni di quei fatti che, per la loro particolare importanza sociale e conseguente conformazione strutturale, sono destinati, in presenza di uno schema formale, a prevalere su altri in eventuali conflitti, qualora siano rispettate determinate condizioni.

Tale conclusione non è smentita dall'idea che la rilevanza sia funzionalmente collegata all'efficacia. È necessaria solo una precisazione.

Alcuno, autorevolmente, osserva che solo con la previsione dell'azione in termini di potere o di dovere, il diritto assicura il soddisfacimento dell'interesse posto dal fatto. Sicché, se si nega l'efficacia, sarebbe segno che il problema non è divenuto più risolvibile «ed ha cessato di essere un problema». Il fatto, oramai incapace di diventare giuridicamente efficace, perdendo la propria rilevanza, perderebbe con ciò stesso la qualifica di fatto giuridico<sup>48</sup>.

In tal modo, la dinamica giuridica è esaminata nella sola prospettiva dell'attribuzione di un potere atto a soddisfare un interesse che sorge da un autoregolamento di autonomia privata; quando, invece, la valutazione può avere l'ulteriore fine di risolvere un potenziale conflitto determinato dallo spostamento di un bene da un soggetto ad un altro.

In quel momento non sorge un effetto ricollegabile ad un interesse espresso nell'atto. La legge attua una valutazione che è sovente in contrasto con la volontà delle parti, sicché non vi è più neppure un nesso di causalità giuridica fra quanto esse hanno disposto e gli effetti che la legge fa seguire da quel fatto, come risposta ad un problema

---

L'analisi potrebbe continuare, ma se, in base a quanto si è detto, si rifletta sulla forma logica generale della rilevanza non può sfuggire che essa esprime l'adeguatezza del fatto rispetto ai presupposti di applicabilità della regola o meglio la «verità giuridica del fatto» che può atteggiarsi diversamente nel sistema. Così L. DE GIOVANNI, *La nullità nella logica del diritto*, Napoli, 1964, p. 86 ss. V. da ultimo N. IRTI, *Società civile*, 1992, p. 82 ss. e M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, cit.; ID., *Il contratto in generale*, cit., p. 1120; C.M. BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, Milano, 1984, p. 54 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 216; G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, Napoli-Torino, 1936, p. 149 ss.; A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 575 ss.

<sup>48</sup> A. FALZEA, voce *Rilevanza giuridica*, cit., XI, p. 901.

diverso da quello posto dalle parti e attinente alla circolazione del bene.

Il fatto contrattuale ha in quel momento una rilevanza come fatto sociale presupposto e non causa di effetti. A quella qualifica seguirà generalmente un effetto che non è riconducibile all'autoregolamento, ma alla sola presenza del fatto, che diventa in tal caso presupposto di conseguenze che la legge, e non il contratto, produce.

È chiara, pertanto, la diversa funzione che la norma svolge in presenza di un contratto. Da un lato, deve riconoscere effetti all'autoregolamento delle parti, dall'altro, assicurare certezza alla circolazione dei beni e risolvere conflitti fra titoli contrapposti<sup>49</sup>.

Tali diverse valutazioni che la legge opera su un medesimo fatto storico sono ipotizzabili non come «richiamo alla rilevanza giuridica del negozio valutato alla stregua di un'originaria realtà sociale»<sup>50</sup>, né come «espressione di un confronto fra diversi ordinamenti»<sup>51</sup>, ma come necessario giudizio di valore diverso in ordine a problemi che esigono risposte diverse.

### 2.3. L'opponibilità<sup>52</sup>

Se la rilevanza è la risposta dell'ordinamento alla semplice presenza del fatto che può essere presupposto di altre conseguenze o di un giudizio di responsabilità, l'opponibilità esprime la necessità di soluzione di conflitti fra più titoli attraverso una valutazione di prevalenza di alcuni su altri incompatibili<sup>53</sup>.

Opponibilità  
quale giudizio  
di prevalenza  
fondato sulla  
conformità del  
titolo allo  
schema legale

Si tratta di un giudizio di prevalenza che trae fondamento non dalla sola presenza ma dalla diversa forza di ciascun titolo che dipenderà dalla corrispondenza ad un certo schema normativo. La sostanza di tale nozione sta nello svolgersi attraverso due piani diversi: il fatto negoziale e il criterio formale che attribuisce ad esso un peculiare grado di rilevanza che consentirà di distinguere fra fatti opponibili e non opponibili.

---

<sup>49</sup> G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit.

<sup>50</sup> SANTI ROMANO, *Autonomia*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1953.

<sup>51</sup> SALV. ROMANO, *Ordinamenti giuridici privati*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1956, p. 801.

<sup>52</sup> I paragrafi 2.3. - 2.5. riprendono la voce di G. VETTORI, *Opponibilità*, in *Enc. giur.*, cit.

<sup>53</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. III, Il contratto*, Milano, 1984, p.54 ss.; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 136.

Occorre precisare che l'opponibilità non dipende dalla natura del diritto o dagli effetti dell'atto, ma dalla rilevanza del titolo ed è agendo su questo che l'ordinamento isola e potenzia alcune situazioni che pur non reali hanno un accentuato rilievo sociale.

L'art. 2914 c.c. contiene una significativa innovazione e risolve un problema interpretativo assai grave sulla sorte delle alienazioni anteriori al pignoramento. Sotto il codice del 1865 si pensava di non poter applicare ad esse i principi stabiliti per la soluzione di conflitti tra più aventi causa, perché il creditore, in quanto tale, non poteva essere posto sullo stesso piano del terzo acquirente. L'equiparazione avrebbe fatto prevalere una situazione relativa su di una assoluta, in contrasto con la comune opinione che negava in tal caso l'esistenza di un conflitto.

Il legislatore del 1942 valuta i titoli di vari soggetti, formula dei requisiti di opponibilità e determina il rilievo di un atto nei confronti di altri incompatibili al fine di stabilire una prevalenza. La quale è disposta a favore di un diritto di credito storicamente destinato a soccombere di fronte ad una situazione reale. È evidente l'importanza sistematica dell'art. 2914. L'aver equiparato, nell'acquisto mobiliare e dei crediti, il terzo creditore al terzo acquirente ai fini dell'opponibilità del loro titolo sta a significare che questa qualifica attiene al piano del fatto e non della natura delle situazioni soggettive, la cui diversità è trascurata affatto.

Opponibilità,  
effetti (reali e  
obbligatorie) del  
contratto

Sicché si può affermare che l'opponibilità prescinde dagli effetti reali e obbligatori del contratto ed esprime il grado di rilevanza che l'ordinamento attribuisce al titolo costitutivo a seconda del conflitto che l'ordinamento deve, volta a volta, risolvere per realizzare un complesso ordinato di soggetti, beni e diritti. Una conferma è fornita dalla recente legge sulla trascrizione del preliminare che gradua diversamente la prevalenza di un titolo costitutivo di una situazione obbligatoria (l'obbligo di contrattare) e di una reale (l'acquisto del diritto di proprietà; v. l. 28 febbraio 1997, n. 30).

Sarebbe del tutto errato in base a presunte oscurità e astrattezze del concetto abbandonare ogni approfondimento in proposito e seguire una via pericolosa e ben più oscura<sup>54</sup>, secondo la quale lo studio della circolazione dei beni dovrebbe essere incentrato sul riconoscimento di dissociazioni della proprietà (funzionali a ciascun bene), non potendosi procedere ad un'analisi unitaria, ma ad una serie di «analisi di settore».

---

<sup>54</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà, Tratt. dir. civ. e comm., Cicu-Messineo-Mengoni*, Milano, 1995, p. 692.

In tal modo si vuol risolvere un problema evitando di precisare gli elementi per la sua conoscenza, con una semplificazione inaccettabile. Le richieste contenute in un numero sempre maggiore di accordi, la cui efficacia le parti vogliono estesa *erga omnes*, può ottenere una rigorosa risposta solo riflettendo sulle modalità in base alle quali un fatto può prevalere su altri incompatibili.

Le nuove esigenze della società civile debbono essere registrate dal giurista attraverso i suoi abituali strumenti che non debbono certo esaurirsi nel costruire congegni logici ma possono e debbono fornire all'interprete e all'operatore criteri di semplificazione, aiuti alla comprensione, principi non assoluti, ma di orientamento.

*L'aver precisato che l'opponibilità è qualifica non del diritto ma del fatto ha un'importanza notevole; basta pensare che per decidere quali situazioni obbligatorie possono assumere rilievo erga omnes non sarà decisivo alcun ossequio al «dogma» della tipicità dei diritti reali ma sarà decisiva la ricerca della rilevanza normativa del titolo<sup>55</sup>.*

Opponibilità  
è qualifica del  
fatto e non  
del diritto ...

Con questo criterio si risolvono molti problemi concreti. Emblematico è il tema delle obbligazioni reali. L'ambiguità di queste figure deriva in gran parte dalla confusione operata fra la loro natura e la loro opponibilità e anche qui l'analisi acquista in chiarezza se si esamina il fatto costitutivo, perché è solo in base alla rilevanza ad esso accordata dalla legge che si può giudicare del valore che la pattuizione assume per i terzi. La dottrina si è divisa: per alcuni tali situazioni seguono la disciplina comune ai rapporti personali, per altri attraverso la trascrizione essi diverrebbero opponibili, ma entrambe le soluzioni non sono convincenti sino in fondo<sup>56</sup>.

... ciò consente  
di risolvere  
l'annoso  
problema delle  
obbligazioni  
reali

Da verificare è proprio l'idea, sempre presupposta, che ogni obbligazione, per sua natura, non sia opponibile. Dopo un lungo e tormentato dibattito, la giurisprudenza teorica e pratica ammette oggi, senza ambiguità, che il contratto può imprimere alla *res* una destinazione opponibile se esiste un criterio formale che la giustifichi<sup>57</sup>. Ciò è reso possibile dalla distinzione operata fra la situazione doverosa (che può essere anche obbligatoria) e il titolo

<sup>55</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. il successivo paragrafo 2.5.

<sup>56</sup> Per le diverse ricostruzioni v. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1984, p. 60 ss.; A. DI MAJO - L. FRANCARIO, *Proprietà e autonomia contrattuale*, Milano, 1990, p. 70 ss.

<sup>57</sup> V. Cass., 14 luglio 1989, n. 3322, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 1031. Cfr. altresì il successivo paragrafo 14.3.



dell'acquisto dal cui grado di rilevanza normativa dipende l'opponibilità.

*Il concetto di opponibilità riassume dunque il complesso delle regole destinate a risolvere i conflitti determinati dalla circolazione dei beni e di questa costituisce la disciplina più significativa, condizionata, più di altre, dalle esigenze e dalle idee del tempo.*

Non foss'altro perché il modo con cui si detta legge in questo settore è un aspetto rilevante del dialogo tra formalismo e naturalismo giuridico, tra il bisogno di una rigida serie di figure e l'esigenza di concedere spazio alla volontà dei privati nel creare situazioni rilevanti *erga omnes*. Sicché per comprendere l'essenza e la funzione attuale della figura occorre tenere in massimo conto la scansione dell'esperienza sociale e confrontare i vari fattori di produzione delle regole giuridiche, non solo in Italia.

Storia, dogma, comparazione sono strumenti essenziali e lo sforzo è fra i più ardui perché l'evoluzione della *common law*, da un lato, e delle codificazioni dell'Ottocento, dall'altro, seguono vie molto diverse. Basta pensare, per quanto concerne l'assetto dei beni nei paesi anglosassoni, alla prassi millenaria di consentire l'uso frazionato del *dominium* sulle cose e, in Francia, alla formulazione del principio di tipicità delle situazioni reali e opponibili.

Si vedrà nel proseguo quanto i diversi sistemi tendano oggi ad avvicinarsi e in che modo si agevolino soluzioni convergenti; preme, per adesso, porre in luce l'esigenza di percepire rigorosi criteri di rilevanza per cogliere l'essenza di questa disciplina che dovrà essere esaminata ponendo in luce l'evoluzione della legislazione, della giurisprudenza e della dottrina.

#### **2.4. Opponibilità del titolo costitutivo e non del diritto**

Da quanto osservato si trae che la tematica delle conseguenze indirette del contratto nei confronti dei terzi è suscettibile di utili svolgimenti sul piano del fatto giuridico (titolo costitutivo) e non del rapporto (situazioni soggettive e oggettive).

Del resto l'idea che l'opponibilità sia connaturata alla natura del diritto è contraddetta dalla storia e dal diritto positivo.

L'antitesi reale-obbligatorio appare sempre più spesso insufficiente per disciplinare la richiesta di tutela dei privati e basta solo un cenno

esemplificativo alla vicenda medioevale dello *ius ad rem* e alla tendenza giustiniana a munire di *vindicatio utilis* i diritti derivanti da certi rapporti obbligatori, che apparivano meritevoli di una tutela più forte di quella fornita dall'*actio in personam*, per testimoniare la difficoltà di un riferimento esclusivo alla realtà, in presenza di una richiesta di protezione forte avanzata dai privati<sup>58</sup>.

Opponibilità è  
concetto  
distinto dalla  
realtà

D'altra parte il novero delle situazioni obbligatorie che il diritto positivo reputa opponibili è sempre più esteso.

Si deve aggiungere che le affermazioni comuni sull'efficacia *erga omnes* e l'assolutezza delle situazioni reali vanno depurate da antichi equivoci.

La nota dell'assolutezza caratterizza ogni situazione soggettiva se si fa riferimento alla sua inviolabilità<sup>59</sup> e si diversifica nettamente dall'opponibilità.

Un diritto è assoluto per l'insieme delle facoltà riservate al titolare e dei doveri imposti agli altri soggetti<sup>60</sup>, mentre l'opponibilità è espressa dal titolo e da indici formali senza i quali il diritto cede rispetto ad altri. Sicché il riferimento all'efficacia (*erga omnes*) della situazione soggettiva confonde due piani distinti: la successione nel rapporto che è oggetto dell'accordo, quale che sia la natura del diritto (art. 1376 c.c.), e la modalità della sua rilevanza esterna che dipende esclusivamente da una valutazione autonoma della norma sul fatto costitutivo che solo può essere opponibile o meno ai terzi<sup>61</sup>.

Si consideri, poi, che se fosse la natura del diritto a determinare la sua prevalenza su altri, si farebbe coincidere la causa con l'effetto quando invece i requisiti per la soluzione dei conflitti fra titoli contrapposti vanno ricercati all'esterno del diritto.

Il problema della circolazione dei beni si afferma nella storia come continuità di fatti e non di diritti che restano affidati alla libera determinazione della volontà dei privati<sup>62</sup>. Nel diritto romano classico lo spostamento di ricchezza si effettua a mezzo di atti traslativi distinti e la pubblicità, da oltre duemila anni, «mira ad ottenere una certezza almeno relativa, se non assoluta, circa la situazione giuridica essenziale di talune cose»<sup>63</sup>. Nessun rilievo assumono atti di disposizione di beni immobili e diritti reali non resi pubblici in contrasto con titoli che

---

<sup>58</sup> M. PUGLIESE, *Diritti reali*, in *Enc. Dir.*, XIII, Milano, 1977, p. 755 ss.

<sup>59</sup> M. COMPORI, *Diritti reali*, in *Tratt. Cicu-Massineo*, Milano, 1980, p. 233 ss.

<sup>60</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Diritti assoluti e relativi*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1964, p. 738.

<sup>61</sup> G. VETTORI, *op cit.*, p. 148 ss.

<sup>62</sup> A. AURICCHIO, *La simulazione del negozio giuridico - Premesse generali*, Napoli, 1957, p. 126.

<sup>63</sup> Cfr. V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1968, p. 230 ss.

riguardano gli stessi beni, rispettosi di quelle formalità. Le quali, appunto, per loro natura, derogano al «principio fondamentale della derivazione delle vicende ... dal consenso del titolare della sfera giuridica, che ne risulterà gravato»<sup>64</sup>.

D'altra parte non è la natura degli effetti che determina l'opponibilità, giacché quale che sia il suo contenuto (diritto reale o di credito) il contratto non è di per sé idoneo a prevalere su altri, sicché tale qualità dovrà essere ricercata altrove.

Vero è che né il rapporto (reale ed obbligatorio) né gli effetti (reali ed obbligatori) sono significativi ai nostri fini, ma il titolo costitutivo.

In presenza di tale fatto l'ordinamento formula due risposte ai problemi di vita che si intendono regolare: la rilevanza e l'opponibilità.

## 2.5. La responsabilità del terzo per violazione del contratto<sup>65</sup>

La possibile affermazione di una responsabilità del terzo<sup>66</sup> per la violazione di un contratto si delinea nell'Europa continentale e nel mondo anglosassone come strumento usato dalle Corti più che dalla dottrina per mitigare l'astrattezza delle categorie ottocentesche sull'illecito e sul contratto<sup>67</sup>.

In Germania, in particolare, si utilizza la clausola generale (§ 826 del BGB) sin dai primi anni del 1900 in funzione di protezione «contro ingerenze di terzi nei rapporti obbligatori di cui essi hanno

---

<sup>64</sup> ID., *op. loc. cit.*; R. SACCO, *Circolazione giuridica*, in *Enc. Dir.*, VII; Milano, 1960, p. 8.

<sup>65</sup> Il paragrafo riproduce lo scritto di G. VETTORI *La violazione del contratto*, Appendice di aggiornamento, in *La responsabilità civile*, in *Giur. sist. di dir. civ. e comm.*, fondata da W. Bigiavi, a cura di G. ALPA - M. BESSONE, Torino, 1997, p. 563 ss.

<sup>66</sup> La fattispecie si riferisce, in particolare, alla doppia vendita immobiliare ed è noto che alcune pronunce degli anni '60 e '70 escludevano a carico del secondo acquirente in mala fede una responsabilità per carenza di ingiustizia del danno. V. al riguardo, Cass., 22 ottobre 1955, n. 3428, in *Giust. civ.*, 1956, I, p. 438; Cass., 19 maggio 1976, n. 1787, in *Giust. civ. mass.*, 1976; Cass., 7 gennaio 1978, n. 46, *ivi*. Il secondo acquirente, si osserva, esercita un diritto e il danno non deriva dalla ulteriore vendita ma dalla trascrizione che poteva essere richiesta anche dal primo acquirente.

<sup>67</sup> A partire dal 1982 la giurisprudenza rivede la prevalente impostazione per non lasciare senza sanzione «la innegabile violazione delle norme di correttezza da parte del terzo». V. Cass., 8 gennaio 1982, n. 76, in *Foro it.*, 1982, I, c. 393, la quale afferma che: *a)* non esiste un servirsi incondizionatamente della trascrizione la quale mira alla protezione dell'interesse generale alla sicurezza della circolazione *b)* non si può separare nella condotta del secondo acquirente il fatto della trascrizione dalla stipulazione del suo atto di acquisto *c)* con il compimento dell'atto il secondo acquirente comincia a porre in essere una condotta dannosa *d)* il primo acquisto produce effetti reali sicché il terzo non può violare una situazione costituita in capo al contraente per effetto del contratto.

conoscenza»<sup>68</sup> e ciò è possibile sia per l'attenuarsi della convinzione dottrinarica sulla relatività del contratto, esaminato sempre più come fenomeno sociale, sia per l'evoluzione della disciplina dell'illecito in funzione di controllo e di moralizzazione dell'attività dei privati.

In Italia la giurisprudenza si è espressa più volte ampliando la sfera di applicazione della responsabilità alla violazione del preliminare<sup>69</sup> e, da ultimo, del patto di preferenza<sup>70</sup>. Nel valutare la responsabilità dell'alienante (di natura contrattuale) e del terzo (di natura extracontrattuale) si dà rilievo alla mala fede del primo che dispone più volte del medesimo bene, e del secondo che contrae conoscendo l'esistenza di un precedente diritto di altri incompatibile con il suo acquisto<sup>71</sup>.

Il richiamo alla correttezza come criterio selettivo è chiaramente enunciato. Ad essa si fa ricorso «sia per mantenersi nel solco di una emergenza di questo valore come criterio cardine di soluzione dei conflitti giuridici nel campo delle obbligazioni, sia per tener conto del peso rilevante che esso ha in altri ordinamenti europei»<sup>72</sup>.

Pur in presenza di opinioni critiche<sup>73</sup>, l'indirizzo giurisprudenziale va accolto con favore non foss'altro perché si è già dimostrata in modo convincente in dottrina la plausibilità di una «figura speciale di fatto

<sup>68</sup> V. F. WIEAKER, *Storia del diritto privato moderno*, II (trad. it.), Milano, 1980, p. 253.

<sup>69</sup> V. Trib. Catania, 31 ottobre 1990, in *Foro it.*, 1991, I, 1, c. 1249, con nota di Caro; Trib. Potenza, 20 giugno 1991, in *Giur. merito*, 1993, p. 364; e altresì sulla doppia vendita nel sistema tavolare, Cass., 22 novembre 1984, n. 6006, in *Giust. civ. mass.*, 1984; Cass., 15 giugno 1988, n. 4090, *ivi*, 1988; Cass., 18 agosto 1990, n. 8403, *ivi*, 1990 nonché la giurisprudenza citata alla successiva nota 94; e in dottrina, fra i molti scritti in argomento, F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, p. 18 ss.; G. VISINTINI, *La tutela aquiliana delle posizioni contrattuali*, *ivi*, 1991, p. 651 ss.; A. PAOLETTI, *Doppia alienazione e «responsabilità extracontrattuale da contratto»*, in *Contr. impr.*, 1991, p. 736 ss.; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 20 ss.; ID., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 236.

<sup>70</sup> V. Cass. 1 gennaio 1997, n. 99, in *Danno e resp.*, 1997, p. 392 e in *Vita not.*, 1997, p. 306; v. altresì Cass., 8 gennaio 1999, n. 108, in *Danno e resp.*, 1999, p. 899 ss.

<sup>71</sup> V. G. VETTORI, *La violazione del contratto*, cit., p. 563 ss.

<sup>72</sup> Cass., 15 giugno 1988, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1568.

<sup>73</sup> C. CASTRONOVO, (*Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, p. 577), osserva che l'unico modo di dare alla fattispecie forma giuridica è di «iscriverla nel cerchio del rapporto obbligatorio», giacché il comportamento del terzo complice diviene rilevante unicamente in concorso con quello del debitore e comunque mai senza che il debitore non adempia. La natura della responsabilità sarebbe contrattuale e rilevante la sola «intenzione prava di nuocere del terzo» stante l'art. 2644 che denota in modo equivoco l'assenza di rilievo del comportamento del terzo che trascrive. La tesi è suggestiva ma una responsabilità contrattuale per un soggetto estraneo al rapporto può suscitare perplessità; la giurisprudenza segue costantemente una tesi diversa. V. Cass., 10 agosto 1990, n. 8403, cit., e Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, cit., p. 392.

illecito, dove la misura della responsabilità non è data dalla *culpa in diligentia* sancita dall'art. 2043, bensì dalla mala fede»<sup>74</sup>. Resta da precisare come la valutazione di buona o mala fede possa essere utilmente richiamata nel nostro caso.

La sola presenza del «fatto contrattuale» non è in grado di discriminare fra un semplice pregiudizio irrilevante e il danno ingiusto che il contraente risente per il contegno di un terzo. Il problema va allora risolto nell'ambito, più vasto, dell'operazione ove il fatto è ricompreso.

Nella valutazione delle interferenze e dei limiti alla condotta che si verificano per la presenza di un contratto, quest'ultimo non è altro che una situazione-presupposto per il sorgere di nuove ed eventuali conseguenze giuridiche; per la cui realizzazione entrano in gioco altre norme che assumono come elementi di fatto, appunto, la fattispecie ed i contegni che in concreto determinano il verificarsi delle interferenze. Basta qui osservare che la rilevanza del contratto nei confronti dei terzi è caratterizzata da tre elementi: il titolo, i comportamenti, che nel quadro più ampio dell'operazione giuridica sono riferibili alla sua fase di formazione e di esecuzione, e la norma che attribuisce ad essi delle conseguenze in ordine ai criteri di regolarità dell'azione. Dal confronto fra questi elementi di fatto ed il criterio formale sarà possibile precisare i limiti che gravano sui terzi per la presenza di un atto di autonomia privata.

Il terzo che coopera all'inadempimento

È principio recepito da tempo, nella giurisprudenza teorica e pratica, che i terzi non possono interferire illecitamente nelle posizioni costituite in testa ai contraenti per effetto del contratto<sup>75</sup>. Ciò significa che il terzo, a conoscenza di un contratto, si comporta *non iure* se coopera all'inadempimento e viola così la situazione da esso sorta. Il ricorso alla mala fede è in grado di selezionare un illecito che si caratterizza proprio per l'esistenza di un fatto, il contratto concluso fra altri, e dei contegni che intorno ad esso si svolgono, tutti soggetti alla

---

<sup>74</sup> V. L. MENGONI, *Sulla natura della responsabilità contrattuale*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, II, p. 360.

<sup>75</sup> V. Cass. 8 gennaio 1982, n. 76, in *Rep. Foro it.*, 1984, *Trascrizione*, n. 24. La tendenza è stata successivamente confermata anche da Cass., 15 giugno 1988, n. 4090, in *Foro it.*, 1989, I, p. 307; Cass., 18 agosto 1990, n. 8403, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2473; Cass., 17 dicembre 1991, n. 13573, in *Rep. Foro it.*, *Trascrizione*, n. 27; Cass., 13 gennaio 1995, n. 383, in *Corr. giur.*, 1995, p. 601; Cass., 9 gennaio 1997, n. 99, in *NGCC*, 1998, I, p. 343; Cass., 25 ottobre 2004, n. 20721, in *NGCC*, 2005, I, p. 631. Per approfondimenti sulla fattispecie v. A. VENTURELLI, *La responsabilità del secondo acquirente nella doppia alienazione immobiliare*, in *Resp. civ.*, 2006, 11, p. 870. V. anche G. VETTORI, *La violazione del contratto*, cit., p. 565.

regola di correttezza. La quale vieta al venditore di disporre ancora dello stesso, e obbliga il terzo a non interferire nella posizione altrui di cui abbia conoscenza<sup>76</sup>.

Da alcuni<sup>77</sup> si esclude la possibilità di un utilizzo dell'art. 2043 (altro e più delicato è il problema dell'art. 2058, su cui si vedano più avanti le diverse opinioni) per valutare la condotta di chi, consapevole dell'esistenza di una precedente vendita o di un diritto di prelazione, conclude egualmente il contratto cooperando all'inadempimento dell'obbligato. Sarebbe rilevante solo una preordinazione dolosa e ciò per due motivi. Si osserva che la responsabilità civile non può essere richiamata in contrasto con un interesse generale, e che ogni limite al diritto di proprietà deve essere confrontato con l'utilità sociale. Sicché ipotizzare un tale illecito comporterebbe «un'eclissi della coscienza dei valori che si connettono alla libera circolazione dei beni», la quale dovrebbe essere «favorita come suggerisce la ragione». La libera circolazione dunque è assunta come valore (meglio come dogma) che non tollera giudizi di buona o mala fede degli operatori.

---

<sup>76</sup> Tra i contributi dottrinari più recenti si ricordano: F.D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 27; F. GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, p. 8; D. POLETTI, *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 124 ss.; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: giurisprudenza e legislazione in tema di trascrizione*, in *Riv. notar.*, 1989, p. 118; S. VERZONI, in commento a Cass. 15 giugno 1988, n. 409, in *Nuova giur. civ.*, 1989, p. 315; P. CASADONTE, nota a Cass. 15 giugno 1988, n. 4090, in *Foro it.*, 1989, c. 1568; C. CASTRONOVO, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, p. 554; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 242; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto nella casistica giurisprudenziale*, in *Rass. dir. civ.*, 1989, p. 20 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990; F. COSENTINO, *L'inadempimento efficiente nuovamente al vaglio della Cassazione*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 222, commentando Cass. 21 marzo 1989, n. 1403; AA.VV., *Tre pareri sui limiti soggettivi di efficacia del sindacato di blocco*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 541 (F. GALGANO - P. SCHLESINGER); R. CASO, *La parabola del buon notaio e del primo trascrivente men che malizioso*, in *Foro it.*, 1991, I, 1, c. 1249, in commento a Trib. Catania, 31 ottobre 1990; R. CASO, nota a Cass. 18 agosto 1990, n. 8403, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2473; D. POLETTI, *Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto*, in *Contratto e impresa*, 1991, p. 793 ss.; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991; M. FRANZONI, *La tutela aquiliana del contratto*, in *I contratti in generale*, a cura di G. ALPA-M. BESSONE, Torino, 1991, IV, II; ID., *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1993, p. 236 ss.; E. GABRIELLI, *Doppia alienazione e trascrizione nella teoria dei fatti illeciti (problemi e prospettive)*, in *Quadrimestre*, 1, 1993, p. 22; G. CASELLA, *La doppia alienazione immobiliare: un dibattito sempre aperto*, in *Riv. dir. civ.*, 1993, II, p. 517; G. DORIA, *Doppia alienazione immobiliare e teoria dell'effetto reale*, Milano, 1994; G. MAENZA, in commento a Cass. 13 gennaio 1995, n. 383, in *Corriere Giuridico*, 5, 1995, p. 602.

<sup>77</sup> V. A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 744.

Il vero è che un'analisi attenta del rapporto fra l'art. 2644 e l'art. 2043 può essere condotta solo dopo un'attenta riflessione sul valore della libertà di circolazione dei beni a confronto con altri principi. L'opinione di chi privilegia in modo aprioristico e immotivato la libertà e la sicurezza non è convincente affatto. E non per il modo di argomentare. Un'interpretazione orientata alle conseguenze è del tutto legittima purché sia svolta correttamente. È certo che la valutazione di illiceità non può svolgersi al di fuori di un interesse generale nel quale rientra la libera circolazione dei beni. Dubbio è che questo sia l'unico parametro a cui attenersi.

In una società che non riconosce più un sistema di valori stabili e coerenti non è facile giustificare oggettivamente la prevalenza di una o di un'altra valutazione, l'unico criterio interpretativo serio e rigoroso deve sottostare al bilanciamento fra valori e principi ricavabili nel sistema<sup>78</sup> dal quale non si trae affatto un indirizzo univoco. Basta pensare fra l'altro che nel Trattato di Roma (all'art. 30) si legittimano restrizioni alla libera circolazione dei beni per ragioni di moralità pubblica.

Se così è, libertà e sicurezza da un lato, e moralità dall'altro, sono principi che l'interprete deve assieme considerare e presupporre alla sua analisi. Il metodo e il tono di chi afferma una sua verità indiscutibile è difficilmente accettabile e da entrambi occorre prendere le distanze per svolgere un ulteriore appunto.

Non si può confondere il giudizio di opponibilità dell'atto e di responsabilità del terzo<sup>79</sup>.

In un caso la valutazione serve a statuire l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione,

---

<sup>78</sup> L. MENGONI, *L'argomentazione orientata alle conseguenze*, in *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milano, 1996, p. 91 ss. V. invece A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 744.

<sup>79</sup> Sull'autonomia delle due valutazioni (l'efficacia dell'atto compiuto nel rispetto della legge di circolazione e la responsabilità di chi acquisti il bene in mala fede) v. M. CAMMARATA, *Limiti fra formalismo e dogmatica nelle figure di qualificazione giuridica*, in *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963, p. 389 ss.; e L. CARRARO, *Valore attuale della massima «fraus omnia corrumpit»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, p. 801, ove la distinzione concettuale e operativa fra atto e comportamento è chiaramente enunciata; v. altresì: Cass. 1 ottobre 2004, n. 20271, in *Nuova giur. Comm.*, 2005, 4, nota di C. CAMILLERI; Cass. 13 gennaio 1995, n. 383 cit.; Cass. 15 giugno 1988, n. 4090, in *Foro it.*, 1988, I, c. 1573; Cass. 18 agosto 1990, n. 8403, in *Foro it.*, 1991, c. 247; di recente, Trib. Ivrea 16 maggio 2003, in *Giur. It.*, 2004, 778, con nota di FERRANTE; e l'equilibrato saggio di E. GABRIELLI, *La doppia vendita immobiliare*, in *Dir. priv.*, 1995, p. 307, con un'ampia e chiara sintesi delle diverse opinioni. V. altresì, G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 174 ss. e, da ultimo, A. BUSANI, *La doppia alienazione immobiliare*, *Nuova giur. Civ. comm.*, 2002, II, p. 73 ss.; A. VENTURELLI, *La responsabilità del secondo acquirente nella doppia alienazione immobiliare*, in *Resp. Civ.*, 2006, 11, 870 ss.

nell'altro, ai soli fini risarcitori, si valuta, ai sensi dell'art. 2043, un comportamento in mala fede dell'acquirente<sup>80</sup>. Tale giudizio non incide affatto sulla conformazione della proprietà e può essere considerato «un'eclissi nella coscienza dei valori»<sup>81</sup> solo da chi afferma e presuppone alla sua analisi “verità” e “dogmi” indiscutibili<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> V. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., pp.154 ss., 185 ss. e 188 ss.

<sup>81</sup> V. ancora A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 744.

<sup>82</sup> Quanto all'art. 2058 c.c., il problema dell'eventuale obbligo di restituzione del bene come conseguenza dell'accertata responsabilità ai sensi dell'art. 2043 c.c. è molto controverso. Tale possibilità è esclusa da alcuni (A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 744; F. GALGANO, *Tre pareri sui limiti soggettivi di efficacia del sindacato di blocco*, in *Contratto e impresa*, 1990, p. 555; F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1991, p. 561; G. GABRIELLI, *Pubblicità legale e circolazione dei diritti: evoluzione e stato attuale del sistema*, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, p. 458) e ammessa, pur con alcune cautele, da altri (P. SCHLESINGER, *Tre pareri*, cit., p. 546; G. GABRIELLI, *op. cit.*, p. 458, analizzando la fattispecie, in un'ottica diversa, ammette che se si reputa responsabile il secondo acquirente ai sensi dell'art. 2043 c.c. «diventa assai difficile negare la reintegrazione in forma specifica»). A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 179, auspica il riconoscimento dello stesso risultato ottenuto dalla giurisprudenza francese; ID., *Obbligazione di dare e atti traslativi solvendi causa*, in *Riv. dir. civ.*, 1989, II, p. 242; v. anche F. D. BUSNELLI, *La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, in *Riv. dir. priv.*, 1987, p. 292; A. TRABUCCHI, *La pubblicità immobiliare: un sistema in evoluzione*, in *Riv. dir. ipot.*, 1982, p. 118; M. COSTANZA, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di malafede*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, I, p. 536; F. ZICCARDI, *L'induzione all'inadempimento*, Milano, 1979, p. 260 e ss.; G. A. BENACCHIO, *Alienazione successiva di uno stesso immobile e responsabilità del secondo acquirente*, in *Resp. civ. prev.*, 1982, p. 174, in nota a Cass. 8 gennaio 1982, n. 76.

Una risposta meditata sull'applicazione dell'art. 2058 e, più in generale, sugli artt. 2644 e 2043, comporta un'attenta riflessione critica sui rapporti esistenti, oggi, fra sicurezza e moralità della circolazione giuridica. L'opinione di chi (A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 671 ss.) privilegia in modo aprioristico e senza alcun correttivo il primo valore, non è convincente. Si impone, invece, un'analisi (ancora da compiere) volta a ripensare, assieme, la teoria dell'illecito e la rilevanza e opponibilità del contratto.



### 3. Gli effetti del contratto

#### 3.1. Effetti fra le parti

L'art. 1372 al 1° comma dispone che il contratto ha forza di legge fra le parti. Come si è osservato già nel primo paragrafo tale affermazione esprime un carattere fondamentale dell'atto di autonomia privata: la vincolatività. Il contratto, al pari di una norma, pone una regola che può essere eliminata solo per consenso delle parti o per cause ammesse dalla legge.

L'effetto giuridico d'altra parte non è che una modificazione nell'ambito della realtà giuridica determinata dai fatti o dalle fattispecie che l'hanno prodotta, e l'art. 1321 c.c. precisa che il contratto tende a costituire, regolare o estinguere, tra le parti, un rapporto giuridico patrimoniale.

L'art. 1374 c.c., come si è già osservato, prevede espressamente che il contratto obbliga non solo a quanto è nel medesimo espresso ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità.

La legge, gli usi e l'equità, quindi, concorrono a dar regola ad un rapporto che trova nell'accordo la sua fonte primaria.

Gli effetti contrattuali si distinguono anzitutto in obbligatori e reali anche se tale partizione non esaurisce le conseguenze che il contratto può produrre.

Effetti del contratto:

1. obbligatori

**1)** Si ha un effetto obbligatorio quando dal contratto sorge una pretesa di un soggetto nei confronti di un altro che è tenuto ad un comportamento volto a soddisfare l'interesse del creditore. E tale relazione è lo strumento che la norma reputa necessario e sufficiente per la realizzazione del risultato che le parti si ripromettono di conseguire con il contratto.

Si tratta di un effetto presente in un'area assai vasta di contratti poiché è molto spesso necessaria un'attività dei soggetti (e quindi un contegno doveroso) per attuare il programma negoziale.

**2)** Si ha un effetto reale quando il contratto ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto.

2. reali.

L'art. 1376 c.c. afferma per tali contratti una regola di fondamentale importanza. La proprietà e il diritto si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato. Se si tratta di cose appartenenti ad un genere, di cose future o altrui la proprietà si trasmette in un momento successivo (v. rispettivamente artt. 1378, 1472, 1478 c.c.).

Nel nostro ordinamento, quindi, a differenza di altri (la Germania ad esempio), non è necessaria la consegna del bene o il rispetto di altra formalità per il passaggio della proprietà che si trasferisce al momento dell'accordo.

La trascrizione, infatti, è richiesta per determinati acquisti di diritti immobiliari (v. artt. 2643 e 2645) al fine di conseguire effetti ulteriori rispetto al trasferimento.

Se A, ad esempio, proprietario di un bene, lo vende a B e poi, successivamente, a C, sorge un conflitto che la legge deve risolvere. A dopo la prima alienazione non è più legittimato a compiere il successivo trasferimento a C. Il conflitto dovrebbe allora risolversi negando idoneità al secondo contratto, ma ciò cagionerebbe danno alla sicurezza dei traffici e della circolazione giuridica dei beni perché C può non conoscere il precedente acquisto di B. La legge fa prevalere, allora, fra B e C quello che per primo ha trascritto il proprio atto di acquisto (v. art. 2644 c.c.).

Una funzione analoga alla trascrizione svolge, per i beni mobili non registrati la disciplina del possesso (v. artt. 1153 e 1155).

L'art. 1376 va allora coordinato con le norme in tema di trascrizione, per il trasferimento di beni immobili e mobili registrati e con quella del possesso per il trasferimento di beni mobili non registrati. Ma essa non perde perciò il suo significato.

**a)** Il rischio per il perimento della cosa si trasferisce dal venditore al compratore al momento dell'accordo. Sicché il compratore dovrà egualmente pagare il prezzo pattuito se la *res* è distrutta da una circostanza non imputabile all'alienante dopo l'accordo, e prima della consegna (v. art. 1465).

**b)** L'acquirente, dopo la conclusione dell'accordo ed anche se la cosa non è stata consegnata o l'atto non è stato trascritto, potrà difendere il suo diritto con le azioni riconosciute dalla legge al proprietario. Ad esempio potrà esperire l'azione di rivendica (v. art. 948).

3) Il contratto non produce solo effetti reali ed obbligatori ma può, inoltre, (art. 1321) estinguere o modificare una situazione giuridica patrimoniale e in certi casi produrre un effetto immediatamente dispositivo.

Con la transazione (art. 1965) le parti realizzano il proprio interesse tramite un contratto che evita o risolve una lite operando sulla situazione preesistente e sostituendola in tutto o in parte.

Anche con le convenzioni matrimoniali (art. 159) i contraenti non intendono realizzare effetti reali od obbligatori ma solo scegliere un regime patrimoniale della famiglia diverso da quello legale.

Il contratto quindi in certi casi può conseguire un risultato come effetto della volontà delle parti senza la cooperazione di un obbligato. Si parla in tal caso di efficacia dispositiva.

4) Una serie di norme speciali e ora l'art. 2645 ter, e successivi, attestano l'autonomia di un effetto di destinazione di un bene per la realizzazione di un interesse lecito e meritevole di tutela.

### 3.2. Effetti nei confronti dei terzi

La precisazione delle conseguenze che il contratto può produrre nei confronti dei terzi è uno dei problemi più delicati della dinamica giuridica.

L'art. 1372 al 2° comma dispone che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge e tale affermazione non vuol esprimere la sua inidoneità a produrre effetti per i terzi ma solo una scelta di politica legislativa che è diversa nella storia delle codificazioni e nei vari ordinamenti.

Il principio di relatività del contratto espresso dall'art. 1372 sta solo a significare che la regola che ha forza di legge vale solo fra le parti dell'accordo sicché è impossibile per il negozio influire, se non nei casi previsti dalla legge, nella sfera giuridica di un soggetto che ad esso sia rimasto estraneo.

In determinati casi quindi il contratto può produrre effetti diretti nella sfera dei terzi.

L'art. 1411 c.c. prevede la stipulazione a favore di un terzo, il quale acquista il diritto contro lo stipulante anche senza un'espressa accettazione. Questa avrà, casomai, l'effetto di impedire la revoca o la modifica della stipulazione.

Con un contratto, quindi, due parti (stipulante e promittente) possono determinare una modifica nella sfera giuridica di un terzo in presenza di due condizioni:

- a) l'effetto della stipulazione deve essere favorevole al terzo;
- b) questi può sempre rifiutare l'attribuzione.

La norma predispone, quindi, uno schema generale che può assumere contenuti e funzioni diversi ed idoneo a produrre un effetto favorevole nella sfera giuridica di un soggetto rimasto estraneo al negozio.

Dal coordinamento fra l'art. 1372 e l'art. 1411 si ricava così una regola unitaria: il contratto ha efficacia tra le parti e per il terzo a cui favore è stato stipulato, salvo il rifiuto.

Oltre ad effetti diretti nei confronti dei terzi, il contratto genera conseguenze che indirettamente, o di riflesso, investono i terzi. Tali conseguenze possono essere di mero fatto senza cioè avere alcuna rilevanza giuridica oppure possono assumere un preciso valore.

Il contratto, si è detto, già come fatto sociale assume un rilievo nei confronti dei terzi, i quali, non potranno interferire illegittimamente nelle posizioni create fra le parti.

In altri casi il contratto può determinare un conflitto fra le posizioni di determinati terzi.

Si pensi sempre all'ipotesi in cui il proprietario alieni lo stesso bene a più persone; sarà necessario in tal caso attribuire prevalenza ad un titolo su tutti gli altri. Si parla, in tal caso, di opponibilità ai terzi del contratto, qualifica che, come già illustrato, non dipende dalla natura degli effetti che dal contratto si producono ma dalla rilevanza che la norma attribuisce ad un titolo rispetto ad altri. Nel conflitto fra più acquirenti di un immobile è opponibile, ad esempio, il contratto di chi per primo ha trascritto (v. anche artt. 1380, 1155, 1265 c.c.).

Queste nozioni essenziali necessitano di un approfondimento che sarà affidato alle pagine seguenti.

## 4. I contratti ad effetti reali

### 4.1. Premessa

Dopo un lungo periodo di silenzio il tema della circolazione giuridica dei beni è tornato al centro dell'attenzione per l'emanazione di importanti provvedimenti legislativi<sup>83</sup>, la pubblicazione di rilevanti decisioni giudiziali<sup>84</sup>, la elaborazione di analisi condotte con una diversità profonda di metodo e di risultati<sup>85</sup>.

Se il legislatore e la giurisprudenza continuano un'opera di aggiornamento e di arricchimento del sistema, la dottrina si divide su aspetti teorici e pratici della circolazione. Da un lato si ripropone il valore assoluto del principio consensualistico<sup>86</sup>, dall'altro se ne registra la fine esaltando il valore delle dissociazioni dominicali che dovrebbero essere valutate e regolate solo in base ad analisi di settore<sup>87</sup>.

Entrambe le posizioni, per gli esiti opposti cui pervengono, suscitano interesse e sono di stimolo ad un ulteriore approfondimento di cui occorre porre in luce, immediatamente, le linee di svolgimento.

Studi importanti ci hanno insegnato che la regola dell'art. 1376 c.c. non può essere oggetto di una lettura fideistica ma deve essere

Analisi critica  
dell'art. 1376  
c.c.

---

<sup>83</sup> V. in particolare il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, convertito nella l. 28 febbraio 1997, n. 30 sulla trascrizione del contratto preliminare, la l. 16 ottobre 1989, n. 364, di attuazione della Convenzione dell'Aia del 1 luglio 1985 sul *trust* e, da ultimo, la trascrivibilità dell'atto di destinazione ai sensi dell'art. 2645-ter c.c. Per quanto concerne tali ultime due problematiche (*trust* ed atto di destinazione) si rinvia per ogni approfondimento ai successivi par.

Con riferimento alla trascrizione del preliminare, si veda in particolare, A. LUMINOSO-G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998; F. GAZZONI, *Trascrizione del preliminare di vendita e obbligo di dare*, in *Riv. notar.*, 1997, p. 20 ss; G. GABRIELLI, *L'efficacia prenotativa della trascrizione del contratto preliminare*, in *Studium juris*, 1997, p. 456; ID., *Considerazioni sulla funzione e sul conseguente carattere facoltativo della pubblicità del contratto preliminare*, *Vita not.*, 1998, 741; A. CHIANALE, *Trascrizione del contratto preliminare e trasferimento della proprietà*, Torino, 1998.

<sup>84</sup> V. Cass. 26 gennaio 1996, n. 611, in *Foro it.*, 1997, c. 1247, ove si qualifica il principio consensualistico come «vera e propria via maestra nella produzione di effetti giuridici» (c. 1253).la conferma di tale indirizzo si ha in Cass. 18 novembre 2011,n.24252 in tema di patto di riscatto; Cass. 12 luglio 2013,n.17255 sulla cessione di partecipazione sociale, Cass.4 giugno 2008 n. 14794 sulla cessioni di azioni.

<sup>85</sup> Si segnalano in particolare P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione di titoli azionari: proposta per ripensare un problema*, in *Il contratto, silloge in onore di G. Oppo*, I, Padova, 1992, p. 465 ss.; C.M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Dir. privato*, I, 1995, p. 5 ss.; A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 671 ss.

<sup>86</sup> C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 20 ss. ma v. anche P.M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicative*, Torino, 1999.

<sup>87</sup> A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 692.

analizzata in modo critico; da un lato scrutando, nell'effettività dell'ordinamento, il reale valore operativo del consenso e la presenza di soluzioni alternative, dall'altro riflettendo sul ruolo che può assumere l'autonomia dei privati nel differire e graduare l'effetto reale<sup>88</sup>. D'altra parte l'idea di abbandonare ogni regola ed ogni principio che disciplini<sup>89</sup>, seppure in modo flessibile, la circolazione dei beni non può essere né condivisa, perché contraria al diritto positivo e alla sua effettività, né auspicabile da chi crede che il diritto abbia una prioritaria funzione ordinante.

A ciò si deve aggiungere che è doveroso per l'interprete muoversi in una prospettiva non delimitata dai confini nazionali come gli organi comunitari e l'evoluzione normativa in atto sollecitano; e ciò comporta una riflessione attenta sul ruolo che la giurisprudenza, la dottrina e il legislatore debbono svolgere al riguardo. Il modo migliore è partire dalle cose e dai beni, dalla loro dimensione fattuale e giuridica e

---

<sup>88</sup> V.da ultimo P.Spada, *Consenso e indici di circolazione*, in Riv.dir.civ., 2014,2,10393 ma v. anche R. SACCO, *Il trasferimento della proprietà mobiliare*, in *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1989, p. 131 ss.; e in *Riv. dir. civ.*, 1979, I, p. 442; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, Torino, 1993, p. 53 ss; P.G. MONATERI, *La sineddoche*, Milano, 1985, p. 306; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, Milano, 1990, p. 169 ss.

<sup>89</sup> A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 692, reputa che non si possa «procedere ad un'analisi unitaria ma ad una serie di analisi di settore che prendano in considerazione i maggiori problemi emergenti». La «ricompattazione delle situazioni di appartenenza» sarebbe «una delle principali funzioni delle regole di circolazione» (p. 692), la quale assume un valore assoluto per l'autore. Non sarebbe possibile «ipotizzare una valutazione di illiceità di chi acquista un bene sul libero mercato» (p. 745), neppure in presenza di una mala fede dell'acquirente perché la responsabilità civile «non può essere mobilitata al di fuori di» un interesse generale che escluderebbe «l'opponibilità a terzi di vincoli pattizi» perché in contrasto con la normativa costituzionale della proprietà e dell'iniziativa economica» (p. 745).

Naturalmente, secondo A. Gambaro, è vero che come si è assistito ad un'eclissi della coscienza dei valori che si connettono alla proprietà privata, così si è assistito ad un'eclissi della coscienza dei valori che si connettono alla libera circolazione dei beni, ed è in tale oscura luce che si spiegano le prese di posizione della dottrina volta ad intralciarla anziché favorirla come suggerisce la ragione (p. 745). La precomprensione dell'A. è dunque chiarissima come è chiara l'intolleranza per ogni «trappola nominalistica» e per ogni metodo diverso da quello usato (v. in partic. p. 745, nt. 13 e p. 691, nt. 51). Vorrei esprimere il mio dissenso cominciando proprio da qui. A. Gambaro si scaglia contro il «dogmatismo» ma propone come indiscutibili «valori» le «dissociazioni degli attributi dotali», «l'abbandono di un'analisi unitaria a favore di una serie di analisi di settore», l'esaltazione indiscussa della libera circolazione dei beni che non ammetterebbe giudizi di responsabilità per chi opera in mala fede. Tutto ciò senza approfondire affatto il giudizio di opponibilità (v. p. 679) (tanto da confonderlo con un giudizio di responsabilità ex art. 2043, v. p. 744) e annunciando in modo categorico una «sua verità». Ce n'è abbastanza per prendere le distanze dal tono, dal metodo e dai risultati per le ragioni che in queste pagine tenteremo di esporre.

procedere di «sotto in su» al fine di verificare l'attualità dei principi e delle regole generali e la stessa prospettiva di un avvicinamento o uniformazione del diritto europeo dei contratti.

Così procederà questa analisi, premettendo solo quei dati storici essenziali per una valutazione attenta e consapevole.

#### **4.2. La circolazione dei beni: le soluzioni adottate negli ordinamenti europei. La tensione verso soluzioni uniformi.**

L'evoluzione moderna delle soluzioni adottate per la disciplina del trasferimento delle cose mobili e immobili è tra le più interessanti e controverse.

Fra il 6 e l'11 agosto 1789 l'Assemblea nazionale francese abroga per intero il regime feudale. Si aboliscono la qualità di servo, i diritti gravanti sulle persone e si introduce la possibilità di riscattare i diritti signorili. Nel marzo del 1790 cade la distinzione fra terre nobili e terre *roturières* (appartenenti a non nobili) su cui gravavano molti diritti signorili. Tutti i terreni divengono, in principio, accessibili a tutti. Con legge del 17 luglio 1793 è abolita definitivamente la proprietà feudale e «tutti i depositari di titoli costitutivi di diritti soppressi sono tenuti a consegnarli entro tre mesi per venire bruciati». D'altra parte nell'art. 6 della parte preliminare del codice si afferma che «le convenzioni dei privati non possono derogare alle leggi che interessano l'ordine pubblico e i buoni costumi»<sup>90</sup>.

È chiara la strategia del nuovo ordine economico: da un lato si sancisce l'abolizione della miriade di diritti signorili e di prelievo a carattere reale e, dall'altro, si pone un limite di ordine pubblico all'autonomia negoziale dei privati per evitare il ripristino di rapporti di tipo feudale. La liberazione del suolo dai tradizionali pesi procede parallelamente alla liberazione degli individui dai vincoli personali dell'*ancien régime* e un tale obiettivo non può non toccare nell'essenza le

---

<sup>90</sup> G. GLIOZZI, *Dalla proprietà all'impresa*, Milano, 1983, p. 63 ss.; L. VACCA (a cura di), *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano, 1991, II, p. 867 ss. ed ivi in particolare U. PETRONIO, *Vendita, Trasferimento della proprietà e vendita di cosa altrui nella formazione del Code Civil e dell'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, pp. 169-179; R. SACCO, *Il trasferimento della proprietà mobiliare*, cit., p. 131 ss.; G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 19 ss. Si veda in particolare C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, Paris, 1868, XXIV, p. 391 ss.; P.A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Osnabrück, O. Zeller, 1968 (1827), pp. 386-387; C.B.M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, II, Bruxelles, 1845, p. 192.

regole di circolazione dei beni che debbono essere depurate da ogni forma e solennità, per soddisfare l'interesse della nuova classe (borghese) dei potenziali acquirenti uscita vittoriosa dalla Rivoluzione<sup>91</sup>.

Emergono assai nette, da tali fatti, le ragioni del consensualismo che Troplong<sup>92</sup> enuncia chiaramente: contro la tradizione del diritto romano, la volontà non può essere dominata dalle solennità esterne; non è più necessario che essa si manifesti per mezzo di fatti visibili ma trae la sua forza da se medesima. Ne segue che la circolazione dei beni si libera di forme e restrizioni pesanti e che la volontà liberamente espressa non ha bisogno di alcun fatto esterno.

Le proclamazioni ideologiche e le affermazioni solenni di valore operano una svolta storica ma stentano a costruire un coerente sistema di circolazione. La Francia era divisa, all'inizio della Rivoluzione, in due zone a seconda della diversa ricezione del diritto romano giustiniano: nel sud la penetrazione fu completa, mentre nel nord si era mantenuto, in alcune zone, il diritto consuetudinario a base germanica. Il diritto romano richiedeva, per il passaggio di proprietà, la consegna del bene in esecuzione di una convenzione, anche se in molte zone la regola era elusa in fatto da una *tradition feint* che si poteva attuare attraverso clausole contrattuali. Nei paesi del Nord, invece, l'acquisto degli immobili era subordinato ad una speciale iscrizione. L'Assemblea nazionale sostituì tale forma di pubblicità con la trascrizione e una legge del 1 novembre 1798 estese a tutta la Francia tale disciplina, la quale prevedeva (art. 28) che la «*transcription transmet à l'acquéreur les droits*». Il sistema era però lacunoso e solo incidentalmente disciplinava il contratto traslativo nei confronti dei terzi, d'altra parte l'imminenza dell'approvazione del codice non consentì modifiche e si arrivò alla formulazione di regole (artt. 1583, 711, 1138 *Code civil*) da cui risultava con chiarezza che la proprietà di una cosa immobile era trasmessa per effetto del consenso senza consegna o trascrizione.

---

<sup>91</sup> Si veda in particolare su tali vicende: V. COLORNI, *Per una storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano, 1968; A. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*; Parte generale, Milano, 1952, p. 22 ss., 350 ss.; F. WIEACHER, *Storia del diritto privato moderno*, I, Milano, 1980, p. 371; G. BIOCCHI, *Vendita e trasferimento della proprietà nel diritto comune*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., p. 166; C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di P. Vassalli, Torino, 1993, p. 82 ss.; R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di R. SACCO, cit., p. 13. Per una sintesi di tale vicenda storica mi permetto di richiamare il mio *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., pp. 19 ss., 148 ss. e G. GLIOZZI, *op. cit.*, p. 13 ss.

<sup>92</sup> R. T. TROPLONG, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code. De la vente*, (trad. it.), Bruxelles, 1984, p. 35 ss.



Restò in dubbio, per la mancata riproposizione della legge precedente, il regime degli effetti nei confronti dei terzi, almeno sino all'approvazione della l. 23 marzo 1855 sulla trascrizione<sup>93</sup>.

Ben presto si affermò il principio di piena rottura con la tradizione romanistica e il trasferimento della proprietà si considerò produttivo di effetti fra le parti e nei confronti dei terzi in virtù del solo consenso per le cose mobili e immobili, anche se restava da giustificare e spiegare la coesistenza delle regole del consenso traslativo con un regime di pubblicità e con il possesso cui erano condizionati alcuni effetti per i terzi. Dubbi che sussistono tuttora nella dottrina italiana e francese<sup>94</sup>.

Dunque, ragioni culturali, economiche, sociali premono in Francia agli inizi dell'800 per una rottura con il passato, ma sul piano tecnico le regole di circolazione stentano a trovare coerenza e uniformità. La stessa teoria della proprietà difetta di un rigoroso modello giuridico.

L'elaborazione dei Pandettisti in Germania pone mano all'uno e all'altro problema. Da un lato si elabora una figura proprietaria basata «sull'unità, la semplicità e l'astrattezza funzionale alle necessità dell'operatore economico»<sup>95</sup>, dall'altro si valorizzano al massimo le esigenze della circolazione che prevalgono, come in Austria, sull'affermazione teorica di un trasferimento già perfetto con l'accordo e, nel disciplinare l'atto traslativo, si richiedono altre formalità.

... in Germania

Le esigenze del commercio e delle industrie in rapida espansione, gli interessi di una classe che vuol consolidare le proprie conquiste, esigono categorie e tecniche raffinate che la dottrina elabora e il codice recepisce. Compravendita e trasferimento della proprietà non dipendono l'uno dall'altra ma sono autonome in base ad un tratto caratteristico del diritto tedesco: l'astrattezza del contratto a effetti reali che ha due aspetti. La vendita e il trasferimento sono separati e la validità del negozio di trasferimento non dipende dalla validità del contratto di vendita e viceversa. Nel procedimento, dunque, vanno tenuti distinti tre negozi giuridici: il contratto di vendita con effetti obbligatori, il trasferimento della cosa dal venditore all'acquirente,

---

<sup>93</sup> G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 20 ss.; V. COLORNI, *op. cit.*, p. 235.

<sup>94</sup> G. VETTORI, *op. cit.*, p. 21 ss.

<sup>95</sup> v. P. GROSSI, *Il dominio e le cose*, Milano, 1992, ed ivi in particolare, *Tradizione e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, p. 439 ss.; *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, p. 603.

come negozio di adempimento, il versamento del prezzo di acquisto come secondo negozio di esecuzione<sup>96</sup>.

In base a tale sistema l'acquirente non è tenuto ad occuparsi del titolo in base al quale il suo venditore ha ottenuto la cosa e i rischi dell'invalidità di tale negozio non si ripercuotono, in linea di massima, sul suo acquisto. L'astrattezza è funzionale alle esigenze di una circolazione che torna ad essere fondata su precise formalità. Per i beni mobili determinante è la consegna (il *modus*): prima di essa non c'è obbligo di trasferire, dopo di essa la proprietà è già trasferita. Per i beni immobili occorre l'accordo delle parti, l'atto pubblico di vendita e la trasmissione del documento<sup>97</sup>.

Nei sistemi anglosassoni le regole sono ancora diverse. La *Common law* tiene distinta la compravendita di cose mobili e immobili; la prima appartiene al settore del contratto, la seconda rientra nel corpo della *real property* o proprietà immobiliare. Per i beni mobili il solo consenso trasferisce la proprietà «fra le parti», mentre per i terzi è necessaria la consegna; per gli immobili al centro dell'attenzione si pone il bene alienato più che il processo traslativo, sicché le caratteristiche della vendita non si possono comprendere senza tener conto dell'assetto reale della proprietà sostanziale. A differenza di altri diritti continentali l'esperienza giuridica inglese in tale materia «non può prescindere e porta ancora l'impronta dello stampo feudale», all'interno del quale interessi di soggetti diversi coesistono sullo stesso bene e non confliggono perché diversi<sup>98</sup>.

... in Inghilterra

Tutte le terre appartengono alla Corona; al Lord spetta una serie di pretese nei confronti del vassallo legato da svariate relazioni personali (*tenure*) con obbligo di *service*. Il frazionamento del *dominium* si accentua nel tempo sino a porre un'esigenza di limite che induce a privare di significato la relazione personale attribuendo ad essa un contenuto economico. Si attribuisce maggiore libertà al vassallo che non può alienare la proprietà ma la sua parte di utilità tratta dalla *res*. Oggetto di diritti divengono, sempre più spesso, non le cose ma le prerogative sull'immobile (*estates*)<sup>99</sup>.

Il sistema comporta che il venditore ha il potere di stabilire nello stesso fondo interessi molteplici di natura diversa e attuazione differita, disponendo del destino del bene per intere generazioni

---

<sup>96</sup> v. R. KNUTEL, *Vendita e trasferimento di proprietà nel diritto tedesco*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., p. 287.

<sup>97</sup> v. R. KNUTEL, *op. ult. cit.*, p. 290 ss.

<sup>98</sup> v. M.P. PANFORTI, *La vendita immobiliare nel Sistema inglese*, Milano, 1992, p. 211 ss.

<sup>99</sup> v. M.P. PANFORTI, *op. loc. cit.*

successive. Il numero enorme di *estates* necessita di tener conto di tutte al momento dell'acquisto e senza una disciplina della pubblicità è assai difficile risalire alla natura e alla stessa esistenza di tali limiti. Di qui la necessità di realizzare un corpus di regole volte a semplificare e dare certezza ai trasferimenti e a ciò provvede la *Land law* del 1925 con la quale si riduce il numero delle *estates* possibili e si introduce la trascrizione di titoli ed oneri gravanti sulla *res*.

Ne risulta un procedimento caratterizzato, oggi, da un contratto di natura obbligatoria, un atto formale che recepisce i formalismi medievali, la trascrizione dell'atto<sup>100</sup>.

Le diversità dei sistemi

**Se confrontiamo in base a queste schematiche osservazioni le regole di trasferimento vigenti nei sistemi europei, una prima lettura pone in luce scelte molto diverse. il *Code civil* si ispira all'idea del consenso (*titulus*), il BGB tedesco al *modus*, il codice austriaco rimane fedele alla soluzione di diritto comune che richiede *titulus* e *modus* (v. inoltre il codice olandese e quello russo)<sup>101</sup>.**

Queste diversità sono state oggetto di un'attenta analisi che ha, in modo talvolta illuminante, individuato le idee che ispirano i vari sistemi e le regole operazionali preposte in concreto alle singole soluzioni. Si evidenzia la pluralità di attribuzioni del proprietario ponendo in dubbio che esse si trasferiscano contemporaneamente dall'alienante all'acquirente. Emerge una critica verso proposizioni sintetiche e concettualizzanti in ordine al momento traslativo e una sollecitazione a ricercare punti di contatto fra le regole operazionali e a misurare su questa base le «differenze che esistono tra i vari modelli giuridici». Un'analisi recente pone in luce le vicinanze, a volte sorprendenti, delle norme nazionali che sovente, al di là di declamazioni teoriche, adottano, nella sostanza, soluzioni comuni o simili su aspetti significativi del trasferimento<sup>102</sup>. Assai simile risulta la disciplina del potere di esigere la cosa dal venditore e le posizioni dei creditori delle parti.

La sollecitazione, insomma, ad abbandonare il concetto e l'astrazione per analizzare e riscrivere le regole operazionali con soluzioni capaci di porsi a cavalcioni delle frontiere ha ottenuto risultati utilissimi, ma, muovendo da essa, si sono sostenute anche idee non condivisibili.

---

<sup>100</sup> v. M.P. PANFORTI, *op. cit.*, p. 211 e sulla *registration* del sistema inglese, v. T. RUOFF, R. B. ROPER, *The Law and Practice of Registered Conveyancing*, London, 1986.

<sup>101</sup> R. SACCO, *Il trasferimento della proprietà mobiliare*, cit., p. 409 ss.

<sup>102</sup> A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 54 ss.

Alcuno di recente sollecita uno studio della circolazione incentrato sulla premessa dell'esistenza di dissociazioni delle proprietà funzionali a ciascun bene che richiederebbero esclusivamente analisi di settore, con la convinzione implicita che il principio consensualistico sia una pura declamazione di cui ci si possa liberare<sup>103</sup>. Tale conclusione è tutt'altro che scontata.

Le analisi di settore sono doverose ma l'esegesi ha bisogno di riferimenti che non si possono trarre solo dalla comparazione o dalla analisi economica. Il diritto positivo, le diverse fonti che lo producono e lo innovano, le esigenze della società debbono essere registrate dal giurista attraverso i suoi abituali strumenti che non si esauriscono nel costruire congegni logici chiusi e ontologici ma possono e debbono fornire all'interprete e all'operatore criteri di semplificazione, aiuti alla comprensione, principi non assoluti, ma di riferimento.

Tale compito non si esaurisce nella osservazione attenta delle regole operazionali; occorre integrare questa lettura con altri dati e non rifiutare, con arrogante presunzione intellettuale, ogni astrazione, ogni tentativo di analizzare l'esistente.

Nello studio del trasferimento dei titoli di credito non si sarebbe giunti ai risultati dell'attuale elaborazione senza una riflessione, critica ma positiva, del valore e del significato del consenso nel momento traslativo<sup>104</sup>. Il problema di un numero sempre maggiore di accordi che le parti vogliono munire di rilevanza esterna non si risolve senza riflettere sulle modalità in base alle quali un fatto può prevalere su altri incompatibili nel presente momento storico<sup>105</sup>.

Lo stesso principio di libera circolazione non può essere ricostruito come valore assoluto, non foss'altro perché il fondamento delle norme e del sistema nel suo complesso non è ispirato al solo criterio di efficienza economica, ma ad un equilibrio diverso e più complesso come dimostra l'art. 36 del Trattato di Roma che consente limitazioni alla circolazione per ragioni di moralità pubblica<sup>106</sup>.

---

<sup>103</sup> A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 692.

<sup>104</sup> V. P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo*, cit., p. 465.

<sup>105</sup> A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 692 esclude del tutto tale problema limitandosi ad osservare come «la ratio del sistema sia velata da una spessa coltre di ricostruzioni teoriche contrastanti», e ribadendo che la ragione delle «difficoltà incontrate dal pensiero giuridico a dar conto dello stato delle cose è rintracciabile nella sua inesprimibile tendenza a costruire costellature sistematiche sulla base di forme aristoteliche».

<sup>106</sup> La norma è ora sostituita dall'art. 30, Parte Terza, Titolo primo, del Trattato. Per ogni approfondimento, v. G. VETTORI, *Circolazione dei beni ed ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 2, p. 285 ss.

Certo l'idea, espressa anche di recente, che con il consenso si trasferisca la proprietà nei confronti di tutti con pienezza di effetti è smentita dal diritto positivo in molte ipotesi e il ricorso a costruzioni volte ad attribuire valore assoluto al principio non sono riuscite. Basta pensare che il solo consenso non sottrae il bene all'esecuzione dei creditori dell'alienante senza la consegna o la trascrizione (v. art. 2914 c.c.) e che in caso di fallimento del venditore il compratore non prevale sui creditori del venditore con il solo contratto (art. 45 l. fall.). Questa netta divaricazione della dottrina recente è un sintomo ancora della necessità di chiarire e comprendere a fondo la logica del sistema, muovendo dai fatti per tornare ad ordinarli senza preconcetti.

### 4.3. L'acquisto di cose mobili e la Convenzione di Vienna

Nel trasferimento di cose mobili l'art. 1376 c.c. deve confrontarsi con l'art. 1153 la cui interpretazione non è affatto pacifica<sup>107</sup>.

Già la sua *ratio* non è ricostruita univocamente<sup>108</sup>. Alcuno osserva che la tutela concessa al terzo di buona fede si fonda, nella dottrina

Art. 1153 c.c.  
Il possesso di  
beni mobili

---

<sup>107</sup> V. in particolare L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, III ed., Milano, 1975, p. 54 ss.; A. GAMBARO, *Circolazione dei beni mobili ed allocazione del rischio proprietario*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., p. 555.

<sup>108</sup> Il diritto romano tutela in modo forte le ragioni dell'alienante: presupposto dell'acquisto è la titolarità del bene e l'unica possibilità di far salva un'alienazione mobiliare *a non domino* è l'usucapione, non invocabile per le *res* furtive qualificate in senso ampio sino a ricomprendere nella nozione cose oggetto di appropriazione indebita o trasferite con abuso di fiducia del detentore. Debole è la tutela dell'acquirente ed evidente l'intento di tutelare il proprietario in un'economia priva di una rilevante organizzazione commerciale e imperniata invece sul valore del *dominium* della terra (v. P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito: Lezioni*, Torino, 1994, p. 5 ss.).

I popoli barbari adottano un sistema di circolazione del tutto diverso. La proprietà, come ogni altra situazione soggettiva, non fa parte del loro patrimonio culturale; si tutela l'appartenenza (*Genere*) che non sia iniziata illegittimamente ed è accordata tutela al possessore solo quando «la relazione materiale persona-cosa venga interrotta da un comportamento che presenti tutte le caratteristiche del furto». Quando le due esperienze si confrontano nel XII secolo e per la «grandiosa opera dei commentatori» e perché «i popoli germanici decidono di farsi governare dal diritto romano rivisitato», si determinano conseguenze relevantissime per la circolazione dei beni. Il diritto germanico perfeziona il suo concetto di appartenenza affinandolo; ma la proprietà, foggata sulla nozione romana, non può essere rivendicata contro chiunque: chi acquista *a non domino* fa salvo il suo acquisto purché sia in buona fede e vanti un titolo socialmente apprezzabile. Appare già allora, nella sua complessità, il conflitto tra la tutela della proprietà e la sicurezza della circolazione che si ripropone in epoca moderna sino ai nostri giorni. V. su tale vicenda J. DOMAT, *Lois civiles*, t. II, *Droit public*, liv. 5, tit. 8, n. 10, Paris, 1771, p. 173; R. POTHIER, *Traité de la prescription qui résulte de la possession*, in *Ouvres*,

francese del XVIII secolo, sul solo favore da accordare al commercio e, quindi, all'acquirente più che al venditore; la massima "possesso vale titolo" sarebbe il risultato di una elaborazione dogmatica che individua il possesso mobiliare come fonte di una presunzione di proprietà superabile solo con l'eccezione di furto<sup>109</sup>. Altri sottolinea l'affermarsi della regola come principio consuetudinario che si impone senza analitiche motivazioni<sup>110</sup>.

Anche il testo della norma è oggetto di interpretazioni diverse: nella prima applicazione del *Code* si reputa che essa non preveda un'attribuzione istantanea di proprietà ma solo una presunzione aggiornata nei modi e nei tempi rispetto alla tradizione<sup>111</sup>.

Altri leggono nella norma che il possesso di un mobile, in ogni caso, attribuisce la proprietà del bene (salvo l'ipotesi di furto). Il possesso di per sé, senz'altra giustificazione, diviene, secondo questa tesi, titolo della proprietà e il soggetto, che si presume sia di buona fede, non dovrebbe provare altro che la sua relazione con la cosa<sup>112</sup>.

Le due teorie mostrano ben presto i loro limiti, giacché l'una vuol trarre dalla legge il perpetuarsi di una presunzione che il legislatore ha voluto evitare con il nuovo testo, l'altra appare in contrasto con i principi che il codice accoglie. «Se il possesso da solo, senza bisogno di alcun titolo giustificativo, si trasforma in proprietà, se ne deduce che il trasferimento della proprietà non può realizzarsi senza il possesso», ma ciò urta contro quanto si è codificato in tema di vendita (v. art. 1583 *Code civil*)<sup>113</sup>.

---

I, Bruxelles, 1829, p. 407; V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 21 ss.; C. ARGIROFFI, *Ripetizione di una cosa determinata e acquisto a domino della proprietà*, Milano, 1980, p. 61 ss.; ID., *Del possesso di buona fede di beni mobili (artt. 1153-1157)*, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1988, p. 4 ss.

<sup>109</sup> L. MENGONI, *op. cit.*, p. 70.

<sup>110</sup> v. C. ARGIROFFI, *op. cit.*, p. 9 ss. ed ivi un'analisi dell'opera di Bourjon, il quale per primo, riportando la giurisprudenza dello Chatèlet di Parigi, afferma che "il possesso di mobile, non fosse che di un giorno, produce l'effetto del titolo di proprietà salva l'eccezione di furto". Tale opinione supera l'idea precedente che fosse necessaria la buona fede e tre anni o comunque trent'anni per la prescrizione della proprietà. La regola non è confortata da un'analitica motivazione ma essa esercita un'influenza indiscussa sul legislatore francese che se ne appropria codificandola nell'art. 2279 (v. sul punto C. ARGIROFFI, *op. cit.*, p. 11 ss.).

<sup>111</sup> V. C.B.M. TOUILLIER, *Corso di diritto civile francese*, VII, trad. it., Napoli, 1825, p. 235 ss.

<sup>112</sup> v. A. DURANTON, *Corso di diritto civile secondo il codice francese*, XII, trad. it., Napoli, 1849, p. 285 ss.

<sup>113</sup> Così C. ARGIROFFI, *op. cit.*, p. 47 e il richiamo di R. T. TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice. Della prescrizione*, Palermo, 1857, p. 58 ss.; v. inoltre P. PONT, in V. MARCADÈ - P. PONT, *Spiegazione teorico-pratica del codice Napoleone*, Palermo, 1857, vol. IV, t. III, p. 171.

Troplong avverte chiaramente che il «bandolo per intendere il significato dell'art. 2279 del *Code civil* è la presenza di un terzo»<sup>114</sup>. Presupposto per la sua applicazione sono tre circostanze: «che il mobile sia passato in più mani, che un terzo acquirente sia interessato alla pretesa del proprietario non più possessore e che, infine, il vecchio proprietario eserciti un'azione reale». Soltanto in questo caso il legislatore fa prevalere il possesso sulla proprietà e suscita un ostacolo contro la rivendica, il che significa che la regola non è mai invocabile «dall'acquirente contro lo stesso alienante: e, per usare un'espressione moderna, non svolge alcun ruolo nell'acquisto *a domino* del bene»<sup>115</sup>.

Questo antecedente storico aiuta a comprendere il significato e la *ratio* dell'art. 1153 che non «muta il contenuto del consenso traslativo» ma lo completa in relazione ad una particolare categoria di beni che richiede una peculiare regola di circolazione<sup>116</sup>.

Beni mobili e  
regole di  
circolazione

Il consenso è idoneo a trasferire un diritto che instaurerà fra le parti una relazione capace di attribuire all'acquirente alcuni poteri e corrispondenti doveri. Nell'atto traslativo emergono due aspetti, oggetto di una diversa valutazione della legge: fra le parti è sufficiente il consenso per l'acquisto, nei confronti dei terzi la norma antepone il possesso in buona fede alla proprietà. Nell'esame della situazione di chi ha acquistato in virtù del solo accordo, la ricerca è viziata sovente da un equivoco sul significato dell'assolutezza del diritto trasferito, che attribuirebbe, si osserva, una situazione per sua natura opponibile ai terzi. Di qui, da un lato, l'idea che il consenso non possa che trasferire il bene *erga omnes*, e dall'altro, i dubbi su un diritto, trasmesso, ma tanto relativo o provvisorio da non potersi qualificare come proprietà<sup>117</sup>.

Come precisato, occorre considerare, invece, che l'opponibilità attiene al piano del fatto e non delle situazioni soggettive; non è attribuito dei diritti assoluti, i quali sono tali in virtù della peculiare struttura del

---

<sup>114</sup> R. T. TROPLONG, *Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice, Della Prescrizione*, cit., p. 675.

<sup>115</sup> V. C. ARGIROFFI, *op. cit.*, p. 47; in senso opposto, P.G. MONATERI *La sineddoche*, cit., p. 458; G. PALERMO, *Contratto di alienazione e titolo dell'acquisto*, Milano, 1974, pp. 21, 130.

<sup>116</sup> La preferenza tra successivi acquirenti di un bene mobile non è sempre e soltanto assicurata dall'art. 1153 c.c.; se così fosse la norma potrebbe costituire una deroga all'art. 1376 c.c., ma non è così. Se il proprietario trasferisce il bene a più acquirenti, il primo fra di essi prevale sugli altri se riceve la consegna del bene ed è irrilevante che nel periodo fra l'alienazione e la *traditio* egli conosca altre alienazioni fatte dal *dominus*. La titolarità del diritto reale sul bene e del diritto alla consegna sono sufficienti a costituire una fattispecie traslativa inattaccabile. Così C. ARGIROFFI, *op. cit.*, p. 202.

<sup>117</sup> G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 97.

rapporto e non della sua proiezione all'esterno. Questa non dipende dalla natura del diritto, ma dalla corrispondenza del titolo di acquisto ad un determinato schema normativo.

Quando il soggetto difende il bene da altrui ingerenze, del resto, esercita il potere che ha ognuno di tutelare la propria sfera giuridica, correlativo al dovere generale di astenersi dal turbare l'altrui posizione soggettiva (sia essa assoluta o relativa).

L'indagine sulla situazione trasferita va, allora, condotta in relazione ai soggetti, all'oggetto, al contenuto e non alla sua opponibilità. Occorre richiamare, insomma, la distinzione fra l'insieme delle facoltà che costituiscono il contenuto del diritto e l'opponibilità del titolo. Chi acquista un bene in virtù del semplice accordo è titolare di un diritto assoluto sicché, tra le facoltà che può esercitare, vi sarà il godimento, la disposizione e la difesa reale della cosa, mentre graverà su tutti i terzi un dovere di astensione. Ma queste sono connotazioni del diritto trasferito e non del titolo.

Si comprende, quindi, come l'art. 1376, nel disciplinare il trasferimento della proprietà per effetto del consenso, risolva un solo lato del problema posto dall'atto traslativo e cioè la successione nel diritto reale, che riproduce nell'acquirente la posizione soggettiva dell'alienante. Il trasferimento del bene attribuisce certi poteri e doveri, perché il rapporto che si instaura fra alienante e acquirente, per la sua stessa struttura, comprende in sé determinate situazioni. Ma non si può affermare che il diritto sia opponibile a tutti coloro che non hanno trascritto l'atto di acquisto in un momento antecedente. Ragionando in tal modo si sovrappone al contenuto della relazione una qualifica che non gli appartiene e che *non è prodotta dall'accordo, ma direttamente dalla legge, in presenza di un problema diverso da quello statico poc' anzi indicato.*

Al fine di rendere certe le relazioni intersoggettive, occorre disciplinare la prevalenza dell'atto costitutivo su altri incompatibili e la norma interviene con la pubblicità e il possesso, per assicurarne l'opponibilità, che è attribuito non del diritto ma del titolo<sup>118</sup>.

Questa scelta normativa è tuttora funzionale agli interessi dell'*homo economicus* che necessita, oggi più di sempre, di un modo traslativo privo di formalità per acquisire alcuni poteri sulla *res*, salvo poi valutare, in base a indici diversi, l'opponibilità a terzi del titolo di acquisto. Il valore del principio consensualistico, dunque, si accentua con l'espandersi della circolazione mobiliare e degli strumenti

---

<sup>118</sup> Così, ancora testualmente, G. VETTORI, *op. cit.*, p. 99.



telematici di trasmissione della ricchezza, e questa corrispondenza non contrasta affatto con la tensione al confronto con principi e regole operazionali vigenti in altri ordinamenti<sup>119</sup>.

Come si è accennato sono due le peculiarità indiscusse del nostro sistema: la possibilità per il compratore, in virtù del solo accordo *cum causa*, di esperire l'azione di rivendica (senza che il venditore possa eccepire il mancato pagamento del prezzo), ed il passaggio del rischio in base alla regola *res perit domino*, indipendentemente dalla consegna<sup>120</sup>. Tali differenze non devono essere esasperate ma neppure trascurate. Una prospettiva attenta alla ricerca di categorie capaci di porsi «a cavalcioni delle frontiere»<sup>121</sup> per ricercare soluzioni comuni ai vari ordinamenti, non può liberarsi dal principio e rinviare solo ad analisi di settore<sup>122</sup>. In tal modo si propone una soluzione in contrasto con il sistema e dannosa perché si priva l'interprete di un orientamento che il codice fornisce e non è in tal modo che si è raggiunta una soluzione uniforme per la vendita internazionale di cose mobili<sup>123</sup>.

La scelta della  
Convenzione  
di Vienna

**La Convenzione evita di prendere posizione in merito ai diversi regimi e, considerata l'estrema difficoltà di costruire un insieme di regole uniformi per il momento traslativo della proprietà, disciplina il momento della consegna come atto semplificato nella struttura e idoneo nella sua analitica previsione a disciplinare il passaggio dei rischi. Senza individuare il momento traslativo della proprietà la legge scompone, in sequenze diverse, il comportamento delle parti e precisa i fatti cui seguono gli effetti fondamentali della liberazione del venditore dal suo obbligo e del passaggio dei rischi<sup>124</sup>.**

Questo metodo, che ha avuto successo, induce ad una valutazione positiva di ulteriori interventi normativi settoriali capaci di realizzare l'uniformità.

---

<sup>119</sup> V. P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari*, cit., p. 465 ss.

<sup>120</sup> v. A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 54 ss.; R. SACCO, *Il trasferimento della proprietà mobiliare*, cit., p. 132 ss.; ID., *Relazione di sintesi*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., p. 900.

<sup>121</sup> R. SACCO, *Il trasferimento della proprietà mobiliare*, cit., p. 132 ss.

<sup>122</sup> A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 692.

<sup>123</sup> V. sul punto G. BENEDETTI, *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1989, p. 9 ss.; ed ivi sulla funzione della consegna, G. VETTORI *Commento all'art. 31*, p. 124 ss.

<sup>124</sup> v. C. ANGELICI, *Consegna e proprietà nella vendita internazionale*, Milano, 1979; M.T. BONELL, voce *Vendita (disciplina internazionale)*, in *Enc. giur.*, XXXII, Roma, 1994.

Una scelta analoga sta a fondamento dei principi contenuti nel *Draft of Common Frame of Reference* ove si disciplinano autonomamente gli effetti del passaggio del rischio (ovvero: “la perdita o il danneggiamento dei beni incorsi dopo il passaggio del rischio in testa al compratore non esonerano quest’ultimo dall’obbligo di pagare il prezzo, a meno che siano dovute ad atto od omissioni del venditore”), svincolato dal momento traslativo (Libro IV, Capitolo 5, art. IV.A. – 5:101 ss.). Più precisamente si stabilisce che il rischio “passa quando il compratore prende possesso dei beni o dei documenti che li rappresentano. Nel caso di contratti aventi ad oggetto beni non identificati, il rischio non si trasferisce al compratore finché i beni non sono chiaramente identificati, sia attraverso la loro individuazione, il trasporto dei documenti, comunicazione resa al compratore o in altro modo” (IV.A. – 5:102).

#### 4.4. L’acquisto dei titoli di credito

L’acquisto dei titoli di credito è uno dei problemi più controversi; dubbio è il ruolo del consenso<sup>125</sup> nella conclusione del contratto, che per alcuni avrebbe natura reale<sup>126</sup>, e assai discusso è il momento traslativo della proprietà<sup>127</sup>.

---

<sup>125</sup> Sulla operatività anche in tale settore del principio consensualistico, oltre al classico saggio di W. BIGIARI, (*Il trasferimento dei titoli di credito*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 30 ss.), v. da ultimo G. PARTESOTTI, *I titoli all’ordine*, in *Commentario del codice civile*, a cura di P. SCHLESINGER, Milano, 1991, p. 103 ss. e P. SPADA, *Introduzione al diritto dei titoli di credito*, cit., p. 43 ss.; ID., *L’efficacia del consenso traslativo nella circolazione dei titoli azionari: proposte per ripensare un problema*, cit., p. 465 ss.

<sup>126</sup> L. MENGONI, *La regola «possesso vale titolo» nella circolazione dei titoli di credito e i rapporti fra l’art. 1994 e l’art. 1153 c.c.*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1949, I, p. 31 ss. e già T. ASCARELLI, *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pp. 3, 31; A. ASQUINI, *Titoli di credito*, Padova, 1961, p. 61 ss.

<sup>127</sup> Di recente l’analisi è stata sollecitata da una fattispecie giurisprudenziale che è opportuno richiamare come ausilio alla trattazione del problema (Cass., 5 settembre 1995, n. 9314, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 130).

A vende dei titoli azionari a B, senza consegnarli, e poi vende e consegna gli stessi titoli a C. B aveva nelle more del secondo trasferimento comunicato a C il proprio anteriore acquisto. B chiede al Tribunale un sequestro giudiziario che viene concesso ritenendo che 1) il contratto di cessione sia consensuale 2) B sia divenuto proprietario in virtù del consenso 3) si controverta, dunque, su di una questione di proprietà dei titoli (670 c.p.c.).

Diversa doveva essere la decisione se si reputa che il contratto di cessione abbia natura reale. Il contratto fra A e B avrebbe solo natura obbligatoria, B non avrebbe acquistato la proprietà e non potrebbe vantare una pretesa dominicale sicché il sequestro non poteva essere concesso. Ancora diversa nelle due ipotesi sarebbe la posizione delle parti. Se il contratto traslativo ha struttura reale il primo atto non si è perfezionato e C

È noto che l'essenza della categoria titoli di credito consiste in un documento che incorpora un diritto: gli artt. 1992 ss. c.c. disciplinano il trasferimento del documento cartaceo, rendendo così possibile l'acquisto e la circolazione del diritto rappresentato nel titolo con la sicurezza e la rapidità tipiche della circolazione delle cose mobili, a tutela degli interessi dell'avente causa e della sicurezza di circolazione del titolo stesso. Si ricorda brevemente, infatti, che: il possesso del documento, con le formalità previste per i titoli all'ordine o nominativi, legittima il possessore all'esercizio della pretesa in esso contenuta (art. 1992 c.c.); il possessore in buona fede del titolo di credito non può essere soggetto a rivendicazione (art. 1994 c.c.); il creditore può opporre al debitore le sole eccezioni a questi personali; sono inopponibili le eccezioni relative ai rapporti personali con i precedenti possessori del titolo e quelle a fondamento della pretesa menzionata sul titolo medesimo (c.d. principio di autonomia, ex art. 1993 c.c.).

Essenziale e preliminare è, dunque, il problema della consensualità o realtà del contratto traslativo, sul quale anche di recente la dottrina si è divisa in modo netto. Da un lato, la tesi consensualistica è sostenuta sino alle sue estreme conseguenze logiche<sup>128</sup>, dall'altro, autori che in passato avevano motivato con rigore tale tesi sostengono oggi la teoria opposta<sup>129</sup>.

Nel codice non esistono dati esegetici certi.

Le previsioni  
del codice.  
Incertezze

L'art. 2003 riproduce nella sostanza l'art. 169, c. 4°, dell'abrogato codice di commercio ed afferma che il trasferimento del titolo al portatore si opera con la consegna. Se la norma si esamina nel

---

acquista *a domino*. Nessun rilievo avrà la buona o mala fede, ai fini dell'acquisto, essendo lo stato soggettivo rilevante solo nel caso di acquisto *a non domino*. B avrà azione personale contro A (e contro C solo se sia ipotizzabile un concorso nell'adempimento), ma non avrà azione reale contro C. Né è applicabile l'art. 1155 giacché questo si riferisce ad un acquisto *a non domino*, e in tal caso manca invece una precedente alienazione. Radicalmente diversa è la soluzione se si ammette che il contratto traslativo fra A e B si perfeziona, non con la consegna, ma con il consenso. B avrà acquistato la proprietà, C, a sua volta, acquista da A che non è più proprietario e potrà invocare a proprio favore l'art. 1994 c.c. solo se ignorava il precedente acquisto di B.

Su tale caso e per una ricostruzione diversa v. F. GALGANO, *Sulla circolazione dei titoli di credito*, in *Contratto e impresa*, 1987, p. 387; ID., *Effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1993, p. 119 ss.; P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo*, cit., p. 465.

<sup>128</sup> v. G. PARTESOTTI, *Il trasferimento del titolo di credito e l'opponibilità ai creditori*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1982, I, p. 957 ss.

<sup>129</sup> v. F. GALGANO, *Sulla circolazione di titoli di credito*, cit., p. 385, e G. PANZARINI, *Lo sconto dei crediti o dei titoli di credito*, Milano, 1984, pp. 536 ss., in partic. p. 536 ss.

contesto in cui si inserisce, non appare chiaramente se la legge ha voluto disporre una deroga all'art. 1376.

Il riferimento alla consegna sembra acquistare un suo preciso significato a confronto con gli artt. 2011 e 2022. Dall'art. 2003 si ricava che per i titoli al portatore non occorre «quella speciale documentazione richiesta invece per i titoli all'ordine e nominativi». Per questi ultimi la cessione si opera rispettivamente con la girata e l'iscrizione, mentre tali documenti non sono necessari ai sensi dell'art. 2003 il quale esige, appunto, solo la consegna del titolo.

La lettera della legge, si presta, insomma, a diverse letture e in assenza di un'esplicita normativa si giustificano varie costruzioni<sup>130</sup>.

La tesi  
realista e  
quella  
consensualista

Gli autori che propendono per la realtà del contratto non traggono per lo più argomenti da tale norma, ma svolgono motivazioni complesse, unificate da un dato comune: la stretta connessione che esisterebbe nella struttura dei titoli di credito fra la titolarità e la legittimazione. Si reputa contrario alla natura dell'istituto un passaggio di proprietà privo del possesso qualificato del documento, giacché solo con esso l'acquirente può giovare dell'art. 1994 e ha nelle mani un titolo di credito. Storia e dogma impedirebbero di tener distinte, in questa categoria di beni, le due qualifiche e di qui la necessità del possesso per il trasferimento della proprietà<sup>131</sup>.

Gli Autori che reputano applicabile, anche al trasferimento dei titoli di credito, l'art. 1376 c.c. (e, quindi, la regola della consensualità) muovono, invece, da un'idea opposta. Il diritto incorporato nel documento si trasferisce secondo la legge di circolazione della *cartula* quale bene mobile e rispetto ad essa una cosa è l'acquisto della proprietà, ed altro è l'acquisto della legittimazione<sup>132</sup>.

La teoria realista non risulta convincente per almeno due motivazioni. È da escludere anzitutto che la circolazione del titolo assuma l'unico significato di circolazione della legittimazione, «sicché si possa ipotizzare quella logica corrispondenza fra possesso qualificato e *traditio* come modo di perfezionamento del contratto traslativo». Titorità e legittimazione possono separarsi ed è possibile, seppure con i limiti insiti nell'art. 1994, far valere un'appartenenza del titolo

Valutazioni  
critiche

<sup>130</sup> V. sul punto G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 117 ss.

<sup>131</sup> V. L. MENGONI, *La regola «possesso vale titolo»*, cit., p. 28; A. ASQUINI, *Titoli di credito*, cit., p. 65 e di recente C. ANGELICI, *La circolazione della partecipazione azionaria*, in *Trattato delle società per azioni*, a cura di Colombo-Portale, Torino, 1991, p. 101 ss. v. da ultimo A. DONATI, *I titoli di credito nella teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1999.

<sup>132</sup> V. in particolare W. BIGIAMI, *Il trasferimento del titolo di credito*, cit., p. 90 ss.

priva di possesso, provando il fatto costitutivo del proprio diritto<sup>133</sup>. Se così è, la legittimazione è sufficiente ma non necessaria per l'esercizio del diritto e «vien meno così quel legame su cui si vuol fondare una deroga al principio dell'art. 1376»<sup>134</sup>.

D'altra parte le teorie realiste sono in difficoltà nel precisare il valore da attribuire all'accordo delle parti di trasferire il titolo non seguito dalla *traditio*.

Escluso che la sequenza contratto obbligatorio-obbligo di consegna sia conciliabile con la nozione di contratto reale<sup>135</sup>, si ipotizza da altri un *tertium genus* fra il procedimento consensuale e reale nella conclusione del contratto traslativo dei titoli di credito. In tal caso l'accordo senza la consegna produrrebbe solo effetti obbligatori, attribuendo all'acquirente il diritto al trasferimento della proprietà e al venditore l'obbligo di compiere l'attività necessaria per quel risultato<sup>136</sup>.

La tesi del  
*tertium*  
*genus*

Valutazioni  
critiche

La tesi seppur suggestiva non è coerente, si osserva, con il nostro diritto positivo, per il quale l'effetto reale si produce immediatamente. Può realizzarsi in un momento successivo quando esiste una circostanza che lo rende allo stato impossibile ma tale conseguenza è sempre riconducibile al consenso delle parti, mentre le attività esecutive «poste in essere dal venditore non si pongono come tramite tra il contratto e l'effetto reale se non in linea di mero fatto»<sup>137</sup>. Almeno nel senso che l'atto di disposizione non ha causa autonoma nel trasferimento, ma è sempre necessaria un'oggettiva giustificazione

---

<sup>133</sup> v. P. SPADA, *L'efficacia del consenso traslativo*, cit., p. 465 ss., il quale osserva che se la legittimazione è intesa come funzione di titolarità ciò significa che è possibile fornire diversamente la «prova del fatto costitutivo del proprio diritto». Tale prova subisce delle limitazioni perché l'acquisto consensuale senza la *traditio* non esclude che un terzo si sia impossessato in buona fede della *res* e ne sia divenuto titolare ex art. 1994.

<sup>134</sup> v. ancora P. SPADA, *op. ult. cit.*, p. 465 e G. VETTORI, *op. ult. cit.*, p. 123.

<sup>135</sup> V. in particolare, P. FORCHIELLI, *I contratti reali*, Milano, 1952, p. 3 ss.; U. NATOLI, *I contratti reali*, Milano, 1975; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 75 ss.; A. GALASSO, *Mutuo e deposito irregolare*, I, *La costituzione del rapporto*, Milano, 1968, p. 201; D. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, Milano, 1989, p. 80. Su tale *iter* del pensiero mi permetto ancora di rinviare a G. VETTORI, *op. cit.*, pp. 124, 130 ss.

<sup>136</sup> V. in particolare, T. ASCARELLI, *Titolarità e costituzione del diritto cartolare*, cit., p. 193; F. CARNELUTTI, *Teoria giuridica della circolazione*, Padova, 1939, p. 193; A. ASQUINI, *Titoli di credito*, cit., p. 59; F. GALGANO, *Sulla circolazione dei titoli di credito*, cit., p. 390.

<sup>137</sup> v. G. PARTESOTTI, *Il trasferimento della cambiale*, cit., p. 74; A. DI MAJO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967, p. 324.

presente nel negozio fondamentale<sup>138</sup>. Del resto, si rileva come la difficoltà di individuare soluzioni eclettiche volte a conciliare realtà e consensualità nella conclusione del contratto, emerge dallo stesso sistema che considera i due procedimenti alternativi e tipiche le ipotesi di contratti reali<sup>139</sup>.

A conferma delle tesi consensualistiche si richiama una giurisprudenza<sup>140</sup> e, in particolare, una sentenza sul contratto di sottoscrizione di nuove azioni emesse in sede di aumento di capitale<sup>141</sup>. La motivazione è lineare; si muove dalla constatazione che la lettera dell'art. 2439, c. 1°, non è univoca e ci si chiede se la garanzia di serietà della sottoscrizione dell'aumento (nei riguardi sia dei soci della società che dei terzi) può essere soddisfatta con il modello del contratto reale o del contratto consensuale e si reputa esistano «fattori di ragionevole orientamento verso l'interpretazione consensualistica dell'art. 2439, sia nell'ipotesi simile dell'art. 2329» (entrambe le norme prevedevano il versamento dei tre decimi del valore nominale delle azioni sottoscritte; dopo la riforma del diritto societario del 2003, il valore è divenuto il 25%) sia nel principio espresso dall'art. 1376 «vera e propria via maestra nella produzione degli effetti giuridici» che le parti non potrebbero derogare creando modelli reali atipici<sup>142</sup>. Un'analisi di settore priva di criteri di interpretazione sistematica è rifiutata nettamente dai giudici. I quali avvertono la necessità di precisi criteri di orientamento, forniti tuttora, si osserva, dal principio consensualistico che non è né declamazione inutile né, al contrario, dogma assoluto ma riveste un ruolo importante e decisivo tutte le volte che si debba risolvere un problema di produzione degli effetti giuridici. Ad esso dunque è attribuito un valore ordinante sia nella

---

<sup>138</sup> V. L. MENGONI - F. REALMONTE, voce *Disposizione (atto di)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, p. 190; diversa la posizione di G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ.*, (fondato da) F. Vassalli, Torino, 1937, p. 3 ss.; ID., *Il contratto*, Milano, 1955, p. 310.

<sup>139</sup> L'obbligo di consegna in esecuzione di un accordo obbligatorio indurrebbe a creare un *tertium genus* fra un elemento essenziale alla conclusione del contratto ed uno necessario invece alla sua esecuzione fino a negare la stessa categoria della realtà. v. G. OPPO, *Recensione a Rubino (La responsabilità patrimoniale, Il pegno)*, Torino, 1943) in *Riv. dir. comm.*, 1943, II, p. 106 e di recente D. DI GRAVIO, *Teoria del contratto reale e promessa di mutuo*, cit., p. 126.

<sup>140</sup> Cass. 5 settembre 1995, n. 9314, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1997, II, p. 130 in base alla quale il «*transfert*» nella compravendita di azioni sociali è necessario solo per l'acquisto della legittimazione, e l'iscrizione nel libro dei soci ha funzione «certificativa ed esecutiva»; Trib. Torino 1995, in *Società*, 1995, 1601 (con nota di A. Figone).

<sup>141</sup> V. Cass., 26 gennaio 1996, n. 611, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1247 la cui massima stabilisce che «il contratto di sottoscrizione di nuove azioni emesse in sede di aumento di capitale ha natura consensuale e non reale».

<sup>142</sup> Cass. 26 gennaio 1996, cit., p. 1248. V. anche Cass., 7 giugno 1999, n. 5550 in *Fall.*, 2000, p. 498, che reputa applicabile in via di principio l'art. 1376 alle vendite forzate.

conclusione del contratto, ove può essere escluso solo da un'espressa disposizione di legge, sia nella produzione dell'effetto reale.

A ben vedere, la natura consensuale di tale contratto è stata ribadita dalla giurisprudenza più recente: in una fattispecie riguardante la sottoscrizione dell'aumento di capitale a seguito di perdite, la Cassazione ha ritenuto perfettamente compatibile l'obbligo di versamento conseguente alla sottoscrizione medesima con la consensualità del contratto, trattandosi di momento esecutivo e non perfezionativo dello stesso<sup>143</sup>.

*Resta da precisare se il principio consensualistico e la regola dell'art. 1376 sia inderogabile, ma di ciò ci occuperemo più avanti.*

Come si è già ricordato il consenso non produce effetti *negoziali* nei confronti dei terzi e non è sufficiente di per sé a disciplinare la circolazione dei beni. L'accordo relativo al trasferimento senza la *traditio* determina l'acquisto del diritto in capo al compratore che può rivendicarlo e difenderlo in giudizio con un'azione cautelare. Il suo titolo non è opponibile e cioè non è in grado, di per sé, di prevalere su altri incompatibili. Perché ciò si realizzi occorre che l'atto assuma un grado di rilevanza che deriva direttamente dalla norma e non da un accordo delle parti inidoneo ad incidere sulla circolazione del bene<sup>144</sup>. La legge dà risposte diverse ai diversi problemi di rilevanza del titolo ed occorre trattare separatamente del contrasto fra più acquirenti dal medesimo autore e della posizione dei creditori dell'alienante e dell'acquirente.

---

<sup>143</sup> Cass., 19 aprile 2000, n. 5190, in *Società*, 2000, p. 1088, nota di FICO, ha stabilito che "la reintegrazione del capitale di una società in caso di perdite postula nuovi conferimenti, che possono essere effettuati dai vecchi, come dai nuovi soci nel caso in cui i primi abbiano rinunciato all'esercizio del diritto d'opzione o siano stati, per altro verso, privati della possibilità di esercitare tale diritto; l'operazione – che richiede il concorso della volontà della società (manifestata attraverso la delibera di emissione delle nuove azioni) e dei soci (espressa con la sottoscrizione delle azioni emesse) – si configura come «contratto consensuale»; deve quindi ritenersi che essa si perfezioni per effetto del consenso legittimamente manifestato dalle parti, e che – conseguentemente – il versamento del prezzo di emissione rilevi quale adempimento di un impegno contrattuale già assunto, e non già quale elemento integrante della fattispecie costitutiva...".

<sup>144</sup> V. G. VETTORI, *op. ult. cit.*, pp. 54 ss., 94 ss. La critica di «dogmatizzare» (v. C.M. BIANCA, *op. cit.*, p. 10) non mi sembra convincente. La distinzione fra successione nel diritto rimessa all'autonomia delle parti e opponibilità del titolo indica, a mio avviso, una diversa valutazione dell'atto da parte dell'ordinamento per risolvere problemi diversi. I privati non possono incidere sulla legge di circolazione mentre hanno piena libertà di disporre la successione nel diritto reale la cui circolazione appunto risponde ad una logica diversa e ulteriore. v. G. VETTORI, voce *opponibilità*, cit.

Quanto al primo aspetto non è utilizzabile la formalità prevista per la cessione dei crediti perché il diritto positivo indica una soluzione diversa per evitare la coesistenza di regole difformi per la soluzione dello stesso conflitto<sup>145</sup>.

Esclusa tale possibilità occorre distinguere ipotesi diverse: se il secondo acquirente riceve il possesso in conformità con la legge di circolazione del titolo, ai sensi dell'art. 1994, prevarrà sull'altro. In caso contrario la soluzione è più complessa. Dubbio è l'utilizzo dell'art. 1155 che applica in concreto l'art. 1153 c.c. ad un conflitto di diritti e non di titoli provenienti da un unico *dominus*, che è appunto il nostro caso. Poco convincente è il ricorso alla priorità temporale dell'atto giacché nei titoli all'ordine e al portatore esistono indici normativi per una soluzione diversa.

La consegna del documento può in tal caso (come risulta dall'art. 2015 che richiama gli effetti e non la forma ordinaria della cessione) svolgere la funzione di pubblicità del trasferimento eliminando, fra l'altro, la possibilità che la *cartula* possa essere acquisita da un terzo in buona fede ai sensi dell'art. 1994. In alternativa varrà il criterio della priorità dell'acquisto con data certa ed in entrambi i casi sarà irrilevante la buona fede di chi prevale, salvo un'azione di responsabilità a suo carico.

Regola diversa vige per i titoli nominativi per i quali si ha una diversa funzione del documento. Basta pensare che l'acquirente può legittimarsi richiedendo l'annotazione del suo acquisto nei registri dell'emittente, il quale può essere tenuto anche al «rilascio di un nuovo titolo intestato al nuovo titolare». Ne segue che il rilievo del documento è nei due casi diverso e diverso è, quindi, il criterio di opponibilità che sarà per i titoli nominativi rimesso alla priorità dell'acquisto in mancanza dei presupposti richiesti dall'art. 1994. Soluzione che in mancanza di indici normativi espressi può estendersi anche ai titoli impropri<sup>146</sup>.

Più delicato è il conflitto fra acquirente o alienante del titolo ed i rispettivi creditori. Il legislatore prevede regole distinte in base alla natura del credito e si richiede, a volta a volta, la consegna (2914), la data certa (art. 5, l. 22 febbraio 1991, n. 52) ed altra formalità che potrà

---

<sup>145</sup> v. A. PAVONE LA ROSA, *Sul conflitto fra due acquirenti di uno stesso titolo nominativo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, p. 658; C.M. BIANCA, *Alienazione dei titoli di credito ed efficacia nei confronti dell'alienante*, cit., p. 145.

<sup>146</sup> V. per una analisi di tale aspetto G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., pp. 140-143.



ricavarsi, nel dubbio, da un'analisi attenta dell'art. 2914 che può riferirsi ancora alla ipotesi della circolazione di titoli di credito<sup>147</sup>.

Molte incertezze peraltro possono essere risolte a seguito del processo di dematerializzazione dei documenti cartacei nelle varie forme di gestione accentrata dei titoli ove l'operazione contabile di annotazione assume la veste di formalità idonea a risolvere i vari conflitti<sup>148</sup>. Si tratta di un'innovazione introdotta ad opera del D.Lgs. 24 giugno 1998, n. 213 riguardante, appunto, la dematerializzazione degli strumenti finanziari (categoria più ampia dei titoli di credito e che comunque comprende le azioni e gli altri titoli rappresentativi di capitale di rischio negoziabili sul mercato dei capitali, nonché le obbligazioni, i titoli di Stato e gli altri titoli di debito negoziabili sul mercato dei capitali) con la quale viene sancita l'interruzione del collegamento – qualificante la nozione stessa di titolo di credito – tra il diritto incorporato nel titolo e la consistenza cartacea dello stesso<sup>149</sup>: gli strumenti finanziari dematerializzati infatti non soggiacciono più alla disciplina codicistica dei titoli di credito. Più precisamente, si introduce un regime diversificato tra: dematerializzazione obbligatoria per gli strumenti finanziari destinati alla negoziazione sui mercati regolamentati e dematerializzazione volontaria in forza della quale

---

<sup>147</sup> V. G. VETTORI, *op. cit.*, pp. 145-147.

<sup>148</sup> V. in particolare su tale fenomeno, F. MARTORANO, *Titoli di credito*, Milano, 1997, ID., voce *Titoli di credito in genere*, in *Enc. dir.*, Milano, XLIV, p. 572; ID., voce *Titoli in gestione accentrata (Monte titoli)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLIV, p. 638; P. SPADA, *La gestione centralizzata dei titoli di Stato e il diritto comune dei titoli di credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1993, I, p.785.

<sup>149</sup> Si è discusso in dottrina in ordine alla possibilità di qualificare in termini di “titolo di credito” i titoli dematerializzati a fronte del venire meno dell'incorporazione della pretesa nel documento. Da un lato, vi è chi rileva l'essenzialità di tale elemento e, dunque, l'impossibilità di qualificare gli strumenti finanziari (azioni, obbligazioni titoli di debito) dematerializzati quali titoli di credito (G. OPPO, *Tramonto dei titoli di credito di massa ed esplosione dei titoli di legittimazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, p. 647; G. CARRIERO, *La legge sulla dematerializzazione degli strumenti finanziari: tecniche giuridiche ed obiettivi*, in *Foro it.*, 1998, V, p. 309; G. DI CHIO, voce *Titoli atipici*, in *Dig. comm.*, XV, Torino, 1998, p. 402). Da altri, si osserva invece che “la reificazione della situazione soggettiva nel documento non è fenomeno naturale; la situazione soggettiva non sta mai “dentro” il veicolo cartaceo. La reificazione o incorporazione si risolve in una espressione metaforica che indica, plasticamente, un particolare collegamento di una situazione soggettiva a un documento in conseguenza dell'applicazione di una particolare disciplina. Con un diverso intervento legislativo un altro ma equivalente tipo di collegamento può essere dunque creato” (B. LIBONATI, *Titoli di credito e strumenti finanziari*, Milano, 1999, p. 105). In altri termini, la dematerializzazione rappresenta semplicemente una tecnica nuova giustificata da esigenze di velocità e sicurezza nella circolazione dei diritti di credito per effetto della quale al documento cartaceo si sostituisce una iscrizione contabile.

«l'emittente strumenti finanziari può assoggettarli alla disciplina» della dematerializzazione (art. 28 c. 3 D.Lgs. 213/1998)<sup>150</sup>.

Ai fini che qui interessano, va precisato che l'esecuzione del trasferimento e l'esercizio dei diritti patrimoniali degli strumenti finanziari possono effettuarsi soltanto tramite intermediari autorizzati attraverso la registrazione contabile su appositi conti tenuti dalla società di gestione accentrata a nome dell'intermediario stesso. Per effetto di tale iscrizione, il titolare del conto ha legittimazione piena ed esclusiva all'esercizio dei diritti relativi agli strumenti finanziari registrati: inoltre colui il quale ha ottenuto la registrazione in suo favore, in base a titolo idoneo ed in buona fede, non è soggetto a pretese o azioni da parte di precedenti titolari.

#### 4.5. Gli acquisti di cose immobili e la trascrizione

Il confronto fra l'art. 1376 e l'art. 2644 c.c. è uno dei temi più discussi della dinamica del trasferimento, tanto da suscitare in alcuno una sbrigativa insofferenza<sup>151</sup>. Pure una posizione sul punto non può essere esclusa per comprendere e valutare il valore del principio consensualistico e con questo limitato intento è opportuno richiamare, con ampi rinvii, i soli termini del problema.

Contratti  
traslativi e  
trascrizione

Parte della dottrina reputa che il contratto traslativo privo della trascrizione non abbia piena efficacia reale<sup>152</sup>, altri spiegano l'apparente contrasto fra le due norme distinguendo il potere di disposizione dell'acquirente dalla sua legittimazione<sup>153</sup>, altri ancora considera la trascrizione una *condicio iuris* idonea a risolvere ogni acquisto precedente<sup>154</sup>.

L'idea dell'inefficacia relativa del contratto non spiega del tutto la coesistenza delle due norme stante la difficoltà di giustificare un

---

<sup>150</sup> Vi è poi la dematerializzazione obbligatoria stabilita tramite Regolamento Consob (già con deliber. n. 11768 del 23 dicembre 1998) che prescrive altresì specifiche condizioni.

<sup>151</sup> A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, p. 691.

<sup>152</sup> V. N. COVIELLO, *Della trascrizione*, Napoli, 1907, p. 413 ss.; M. COMPORITI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 99; R. NICOLÒ, *La trascrizione*, Milano, 1973, p. 119; V. SCALISI, voce *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, Milano, p. 353.

<sup>153</sup> S. PUGLIATTI, *Considerazioni sul potere di disposizione*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 529; ora in *Diritto civile, Metodo, Teoria e Pratica*, Milano, 1951, p. 344; ID., *La trascrizione. La pubblicità in generale*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1957, pp. 307,434.

<sup>154</sup> V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, cit., p. 239; v. altresì, SALV. ROMANO, *Aspetti soggettivi dei diritti sulla cosa*, in *Scritti minori*, I, Milano, 1981, p.423; e da ultimo F. GAZZONI, *La trascrizione immobiliare*, I, Milano, 1991, p. 471.

effetto che si produce o non si produce «a seconda dei soggetti rispetto ai quali viene in considerazione»<sup>155</sup>.

Assai poco convincente è l'idea che l'acquirente, in quanto ancora legittimato «possa costituire a favore di altri un titolo ulteriore» non foss'altro perché la successiva alienazione è un atto illegittimo che è difficile qualificare come idonea manifestazione di volontà <sup>156</sup>. Coerente e assai ben articolata è l'idea che il primo acquirente sia titolare di un «diritto reale valevole *erga omnes* ai sensi dell'art. 1376 c.c. ma sottoposto, *ex lege*, alla condizione risolutiva dell'eventuale prioritaria trascrizione di un altro successivo acquisto di un terzo»<sup>157</sup>. Tale valutazione suscita peraltro perplessità per la qualificazione del contratto di trasferimento come fatto semplice su cui incide l'evento risolutivo della trascrizione.

La dottrina francese più recente<sup>158</sup> ha del tutto chiaro che la vicenda traslativa consta di fasi successive di portata distinta e indipendente e una parte della dottrina italiana più autorevole chiarisce che esistono due fattispecie collegate. Il contratto, che è fonte del mutamento giuridico e deve essere reso pubblico, e la pubblicità, che realizza la conoscibilità legale e la prevalenza del titolo su altri incompatibili<sup>159</sup>.

*Ciò è coerente con il fatto che il legislatore deve risolvere non uno ma due problemi sottesi al trasferimento, l'acquisto del diritto e l'opponibilità del titolo, e ricorre dunque ad una doppia valutazione che non può essere ricondotta ad unità, per un ossequio ad un principio logico e ad un'astratta nozione di proprietà e di effetto reale.*

È indubbio che una nozione compatta ed unitaria di proprietà non è mai esistita e tanto meno esiste oggi, anche se questa relativizzazione del concetto è intesa in modo diverso<sup>160</sup>. Al di là dei termini, ciò che conta è chiarire il ruolo che ha il contratto nel determinare la circolazione della *res* ed il senso della dissociazione della situazione dell'acquirente. Alcuno parla di una frantumazione delle situazioni

---

<sup>155</sup> V. sul punto V. SCALISI, voce *Inefficacia*, cit., p. 350.

<sup>156</sup> V. L. MENGONI, *L'acquisto a non domino*, Milano, 1949, p. 29.

<sup>157</sup> V. per una compiuta ricostruzione di questa teoria F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 467.

<sup>158</sup> V. in particolare, G. BAUDRY-LA CANTINERIE e L. BARDE, *Trattato teorico-pratico di diritto civile, Delle obbligazioni*, I, Milano, s.d., p. 424 ss.; J. CARBONNIER, *Droit civil*, 3, *Les Biens*, Paris, 1992, p. 197; A. FOURNIER, voce *Publicité foncière*, in *Dalloz*, 1988, p. 2; M. DAGOT, *La publicité foncière*, Paris, 1981; G. MARTY, *Raynaud et Jestaz, Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 1987; A. WEILL, *Les sûretés. La publicité foncière*, Paris, 1979; DUBERT, *Le droit de disposer de l'immeuble*, in *Étude Flour*, Paris, 1979, p. 1 ss.

<sup>159</sup> V. S. PUGLIATTI, *La trascrizione*, cit., p. 234 ss.

<sup>160</sup> V. soprattutto gli scritti di P. GROSSI, *Il Dominio e le cose*, 1992, ed *ivi*, in particolare, *Tradizione e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, p. 439 ss.; *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, p. 603.

domenicali di tal ch  con il contratto traslativo si trasferirebbero solo alcune delle prerogative proprietarie e la tesi riesce sul piano logico ed operativo a porre in luce aspetti di rilievo<sup>161</sup>, anche se non spiega compiutamente la funzione della pubblicit  e la natura dell'opponibilit .

Come si   precisato altrove la distinzione, nel momento traslativo, fra il diritto trasferito ed il fatto costitutivo aiuta a comprendere che la propriet  pi  che frantumata   oggetto di una duplice valutazione: come diritto trasferito e come oggetto dell'atto traslativo da cui discende l'opponibilit  ai terzi dell'acquisto. Solo fra le parti si producono effetti (art. 1372 c.c.) che rispecchiano il contenuto della situazione trasferita e l'acquirente, in base ad un atto non trascritto, pu  godere, disporre e difendere il bene contro tutti coloro che non hanno trascritto, perch  ci  dipende, come si   detto, dalle facolt  insite nella situazione trasferita<sup>162</sup>.

Nei confronti dei terzi l'atto non produce effetti ma   solo un fatto rilevante, presupposto di conseguenze giuridiche che si verificheranno in presenza di altre circostanze. Se   cos , un terzo avente causa che per primo trascrive, completa una fattispecie acquisitiva inattaccabile. D'altra parte il *dominus* non ha consumato, nei confronti dei terzi, il suo diritto con l'atto dispositivo perch  prima della trascrizione non   ancora definita la vicenda connessa all'atto traslativo.

Insomma, come precisato, la distinzione fra la sfera dell'efficacia del trasferimento, come regolamento impegnativo fra le parti, e dell'opponibilit  del titolo di acquisto   tale da spiegare il fenomeno in modo coerente anche se resta in dubbio la natura derogabile o meno della regola prevista dall'art. 1376<sup>163</sup>.

---

<sup>161</sup> V. R. SACCO, *Il trasferimento della propriet  mobiliare*, cit., p. 132 ss. e A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della propriet *, cit., p. 54 ss.

<sup>162</sup> G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 94 ss. e, da ultimo, ID., *Opponibilit *, op. cit.

<sup>163</sup> V. sul punto A. DALMARTELLO, *La prestazione dell'obbligazione di dare*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1947, p. 214 ss.; G. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in societ *, in *Riv. societ *, 1970, p. 913 ss.; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della propriet *, cit., p. 169 ss.; F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contratto e impresa*, 1992, p. 889; C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale*, in *Contratto e impresa*, 1998, p. 572 ss.; v. ID., *Vendite e contratti traslativi. Il salto di differimento degli effetti reali*, in *Diritto privato. Casi e questioni*, (a cura di) M. Bessone, Milano, 1998.

## 5. Principio consensualistico e autonomia privata: la derogabilità

Graduazione  
dell'effetto  
reale.

Per esaminare il ruolo che compete all'autonomia privata nel graduare la produzione dell'effetto reale occorre rivisitare le categorie della vendita obbligatoria e della vendita ad effetti differiti o sospesi alla luce, anche, delle più recenti novità normative.

È noto che la nostra vendita obbligatoria si caratterizza per la necessità che si verificano, oltre al consenso, «fatti o atti ulteriori che consentano al contratto di produrre l'effetto reale». In ciò si distingue dal modello romanistico di alienazione, in vigore tutt'ora nel diritto tedesco, dalla quale «sorge un'obbligazione di dare (in senso tecnico), ossia di porre in essere un successivo distinto negozio traslativo di natura astratta»<sup>164</sup>.

Pur tuttavia anche nelle più risalenti opere di commento alla disciplina del codice civile non si è affatto esclusa la possibilità che i privati possano incidere nella configurazione di quell'evento ulteriore e necessario, oltre al consenso, per il verificarsi dell'effetto reale. Si sono distinte due figure. Una vendita necessariamente obbligatoria e una vendita volontariamente obbligatoria in cui le parti determinano «una integrazione o un particolare atteggiamento del sistema dei rapporti obbligatori da essa derivanti» sì da «subordinare all'esecuzione di quelli il subentrare dell'effetto peculiare della vendita (il trasferimento del diritto)»<sup>165</sup>. È noto, del resto, che l'eliminazione dell'obbligazione di dare, voluta dal legislatore francese e teorizzata dai commentatori dell'ottocento (*promesse de vent vaut vent*), è stata analizzata e svelata, in certi casi, come una pura declamazione<sup>166</sup>.

Manca, però, su tali aspetti, nella giurisprudenza teorica e pratica, un contributo di decisiva chiarezza giacché la presenza di modelli legali di obbligazione di dare diversi dal contratto preliminare non consente, in sé, di ritenere ammissibile un potere illimitato dei privati di creare impegni al trasferimento di un bene, da attuare mediante un apposito ed autonomo negozio<sup>167</sup>. Almeno sinché non sia precisata la possibilità

---

<sup>164</sup> v. A. LUMINOSO, *I contratti tipici e atipici*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Iudica-Zatti, Milano, 1995, p. 78 ss.; v. altresì, C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile*, fondato da F. Vassalli, II ed., Torino, 1993, p. 71 ss.

<sup>165</sup> Così G. GAZZARA, *La vendita obbligatoria*, Milano, 1957, p. 128; A. RIZZIERI, *La vendita obbligatoria*, Milano, 2000, p. 32 ss.

<sup>166</sup> v. per tutti P.G. MONATERI, *La sineddoche*, cit., p. 458; A. CHIANALE, *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*, cit., p. 69.

<sup>167</sup> v. C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, cit., p. 391, che considera il negozio di trasferimento come «un contratto a causa

di graduare volontariamente il prodursi dell'effetto reale e non si dia adeguata risposta al quesito sulla derogabilità o meno di quanto disposto dall'art. 1376 c.c.

Al di là delle ipotesi di vendita (con effetti obbligatori) previste dalla legge (vendita di cosa altrui, generica, futura) in cui l'effetto reale si verifica automaticamente senza necessità di un nuovo atto traslativo, si tratta di esaminare se i privati possano statuire ipotesi atipiche di promesse che necessitano per la produzione dell'effetto reale di un'ulteriore manifestazione di volontà o di un contegno volontario.

Tre ipotesi: Le ipotesi su cui più si discute e che debbono essere oggetto di esame, sono essenzialmente tre: *a)* la possibilità di attuare l'obbligo di trasferire attraverso un apposito atto anche unilaterale ai sensi dell'art. 1333 c.c.; *b)* l'utilizzo della condizione per subordinare il trasferimento al pagamento del prezzo; *c)* la valutazione di negozi di adempimento di disposizioni fiduciarie.

1. Atto  
unilaterale  
traslativo

*a)* Sul primo aspetto il nuovo art. 2645 *bis* c.c. offre un decisivo elemento di chiarezza quando prevede la possibilità di trascrizione di un atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare. Se la frase può far riferimento a figure contrattuali modificative ed estintive, certo è che il termine atto fa riferimento ad un atto unilaterale ed è un forte indizio per una rivisitazione del principio «in virtù del quale per il trasferimento della proprietà sarebbe sempre necessario l'accordo delle parti»<sup>168</sup>.

L'espressa menzione di un atto unilaterale di trasferimento è un'evoluzione del sistema che resta sempre caratterizzato, peraltro, dall'esigenza di giustificazione causale della circolazione perché «la norma fa riferimento all'esecuzione di un preliminare trascritto» ed esige «un collegamento diretto fra obbligo di contrarre e adempimento traslativo». Da ciò può dedursi che la possibilità di una struttura

---

esterna» e ipotizza diverse sequenze di trasferimento che non costituiscono eccezioni al principio consensualistico «ma semplicemente modalità di una sua necessaria articolazione in ordine all'immediatezza o meno dell'effetto traslativo dovuto alla considerazione...della pluralità di funzioni cui la circolazione dei diritti si accompagna». Il sistema dunque consente, secondo l'A., «la libera disponibilità dell'immediatezza dell'effetto traslativo a condizione che questo risulti giustificato». Il principio consensualistico sarebbe soddisfatto «da quei fatti e da quelle operazioni regolamentate nel negozio che prevede e differisce il trasferimento (il negozio di mandato, quello costitutivo dell'obbligazione poi soddisfatta con una *datio in solutum*)».

<sup>168</sup> F. GAZZONI, *op. ult. cit.*, p. 42; e con diversa impostazione G. CIAN, *La trascrivibilità del preliminare*, in *Studium juris*, 1997, p. 215 ss.; A. DI MAJO, *La «normalizzazione» del preliminare*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 132; V. MARICONDA, *La trascrivibilità del contratto preliminare*, in *Notariato*, 1995, p. 337.

unilaterale dell'atto traslativo esige sempre un'*expressio causae* capace di riferire l'adempimento traslativo al negozio fondamentale<sup>169</sup>.

2. Il  
meccanismo  
condizionale

**b)** Dubbia è stata a lungo la legittimità di condizionare il trasferimento al pagamento del prezzo. In dottrina si ammette tale possibilità ragionando sulla meritevolezza dell'interesse e sulla valutazione di convenienza (e non di mero arbitrio) del compratore a pagare il prezzo<sup>170</sup>. La condizione sarebbe così potestativa e non meramente potestativa. D'altra parte si manifesta una piena coerenza con il sistema di una vendita con efficacia obbligatoria, ossia di una promessa, anche condizionata, di «procurare allo stipulante» la proprietà di una cosa determinata<sup>171</sup>. Non manca chi esclude la possibilità di dedurre in condizione l'oggetto dell'obbligazione del compratore e reputa incompatibile il fenomeno condizionale con il differimento dell'effetto reale<sup>172</sup>.

In un primo tempo, la giurisprudenza ha seguito un iter incerto. Da un lato, si è osservato che la legge ha previsto un meccanismo consensuale «vera e propria via maestra nella produzione di effetti giuridici», e si esclude che le parti «possano ad esso derogare, creando un modello atipico»<sup>173</sup>. Dall'altro, si è valutata in modo diverso la possibilità di subordinare la produzione degli effetti reali. Si è reputato, in un caso, utilizzabile la sola condizione risolutiva e non quella sospensiva «non potendosi subordinare all'avvenimento di un evento futuro ed incerto la produzione di quegli effetti reali che devono invece attuarsi come conseguenza immediata del consenso»<sup>174</sup>. Si considera in altre pronunzie «pienamente valida» l'apposizione di una

---

<sup>169</sup> V. da ultimo, C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento dell'effetto reale. I diversi modelli*, cit., p. 591, e soprattutto M. GIORGIANNI, voce *Causa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1960, III, p. 547.

<sup>170</sup> V. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Brancati*, sub. art. 1376-1377, Bologna-Roma, 1993, p. 119 ss.; ID., voce *Vendita*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, p. 484 ss.

<sup>171</sup> Da ultimo C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 573 ss. e R. SACCO-G. DE NOVA, *Il contratto*, cit., p. 53 ss.

<sup>172</sup> V. A. LUMINOSO, *I contratti tipici*, cit., p. 77 ss., in particolare p. 80; v. altresì A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 130 ss.; da ultimo, G. AMADIO, *La condizione di inadempimento. Contribuito alle teorie del negozio condizionato*, Padova, 1996; G. PETRELLI, *La condizione elemento essenziale del contratto*, Milano, 2000.

<sup>173</sup> V. Cass., 26 gennaio 1996, n. 611, cit., p. 1249.

<sup>174</sup> Cass., 4 novembre 1994, n. 9062, in *Rep. Foro it.*, 1994, *Contratto in genere*, n. 318, la cui massima stabilisce che «un contratto di vendita sub condizione può essere ad effetti reali solo nell'ipotesi di condizione risolutiva, poiché se la condizione apposta è sospensiva deve necessariamente qualificarsi obbligatorio, non potendosi subordinare all'avveramento di un evento futuro ed incerto la produzione di quegli effetti traslativi che nei contratti con efficacia reale sono conseguenza immediata del consenso».

condizione sospensiva<sup>175</sup>, anche relativa ad «un elemento essenziale quale è il pagamento del prezzo»<sup>176</sup>. In tutte le ipotesi si precisa che, una volta apposta la condizione, la vendita deve «necessariamente qualificarsi obbligatoria» e sembra, dunque, ammessa la possibilità di creare «figure di questo tipo al di fuori delle ipotesi previste dalla legge» anche ricorrendo al meccanismo condizionale, senza peraltro una piena consapevolezza di tale apertura.

Di recente tale possibilità è riconosciuta espressamente da due sentenze della Cassazione una del 24 novembre 2003 n. 17859<sup>177</sup>, l'altra del 25 marzo 2003, n. 4364<sup>178</sup>.

Nella prima si riconosce che i contraenti possono validamente prevedere come evento condizionante, in senso tanto sospensivo che risolutivo, il concreto adempimento o inadempimento di una delle obbligazioni. In tal caso, si sostiene, “il verificarsi dell’evento non può essere invocato come illecito contrattuale ma come legittimo esercizio di una potestà convenzionalmente attribuita”. Tale condizione, dunque, non incide sulla validità del contratto se non è meramente potestativa.

La seconda sentenza contiene un riferimento esplicito al nostro problema.

Il caso riguarda una cessione di azioni societarie sottoposte alla duplice condizione sospensiva del pagamento del prezzo e del rilascio di una controgaranzia bancaria e assicurativa per le obbligazioni del venditore nei confronti di terzi. Questo ultimo evento non si era verificato.

La Corte d’Appello nel giudizio di rinvio aveva accertato che l’intendimento delle parti era di attuare una vendita traslativa subordinata all’attuazione di due obblighi: il versamento del prezzo e la prestazione di una garanzia.

Nei motivi di ricorso si era sostenuto che:

---

<sup>175</sup> Cass., 20 gennaio 1983, n. 573, in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 1.

<sup>176</sup> Cass., 24 febbraio 1983, n. 1431, in *Giust. civ. mass.*, 1983, fasc. 2.

<sup>177</sup> In *Riv. not.*, 2004, p. 528, nota C. UNGARI TRASATTI.

<sup>178</sup> In *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 593 la cui massima dispone che “la previsione di una prestazione contrattuale come condizione sospensiva è ammissibile nei contratti ad effetti reali, come la compravendita, potendo questa, come qualunque contratto ad effetti reali, non spiegare gli effetti suoi propri sino a quando non sia realizzata la condizione sospensiva prevista. (Nella fattispecie, la S.C. ha rigettato il ricorso avverso la sentenza della Corte di appello, che, in un contratto di vendita di azioni di società, aveva interpretato le clausole negoziali nel senso di escludere l’effetto traslativo immediato dei titoli e di attribuire alla prestazione di controgaranzia del cessionario – che si era impegnato a far conseguire ai cedenti la liberazione dalle fideiussioni prestate verso la società – la capacità di condizionare il detto effetto traslativo)”.



- non si può dedurre come condizione la prestazione che è elemento essenziale del contratto, pena la nullità dell'atto.
- Il principio che l'esecuzione di una prestazione contrattuale possa essere prevista come condizione sospensiva degli effetti non è applicabile ai contratti ad effetti reali. Nella specie sarebbe applicabile l'art. 2022 c.c. che prevede il semplice consenso per l'acquisto della proprietà del titolo.
- Ne segue che, avvenuto il trasferimento della proprietà con il semplice consenso, le altre pattuizioni avevano solo valore esecutivo dell'accordo già raggiunto.

La Corte di cassazione precisa che:

- il pagamento del prezzo e la prestazione della garanzia condizionavano l'effetto traslativo;
- “senza pregio” è l'eccezione che non possa essere dedotta in condizione una prestazione essenziale nei contratti ad effetti reali stante il principio consensualistico (artt. 1376, 2002 c.c.).
- Tale possibilità non è contraria alla disciplina della compravendita potendo essa non produrre i suoi effetti propri sino a quando non sia realizzata la condizione sospensiva eventualmente prevista.

Combinando le due sentenze si può osservare che:

- il mancato pagamento del prezzo non può essere inteso come illecito inadempimento del contratto ma come legittimo esercizio di una potestà riconosciuta convenzionalmente.
- La sequenza dell'effetto reale è rimessa alla determinazione delle parti attraverso lo strumento condizionale e alla libera scelta di una di esse in ordine al pagamento del prezzo.

**c)** Più complesso è il problema relativo all'adempimento delle disposizioni fiduciarie, dopo che l'Italia, prima fra i paesi di *civil law*, ha sottoscritto e ratificato la Convenzione dell'Aja sul riconoscimento degli effetti del *trust*<sup>179</sup>.

La figura, come vedremo, viene ricostruita nel nostro ambiente in modo molto diverso e si tratta di stabilire quali novità apporti la legge interna di recepimento della Convenzione.

3. Atto di destinazione fiducia e *trust*

<sup>179</sup> V. sul punto per tutti M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2000; e A. GAMBARO, *Il diritto di proprietà*, cit., p. 635.

Vi è chi ravvisa in essa la finalità di uniformare le norme di diritto internazionale privato in seno ai paesi di *common law* con valenza sostanziale anche in paesi, come l'Italia, che non conoscono la figura e chi<sup>180</sup>, invece, assume una posizione prudente condivisa dai più. L'atto dell'Aja ha, secondo questa tesi, un valore «in tema di conflitti di leggi» e non ha inteso affatto porsi come fonte di diritto uniforme: dagli artt. 1, 11 e 13 della Convenzione si ricava con sufficiente chiarezza che si è voluto evitare che il *trust* possa essere utilizzato, nella pienezza del suo significato, in paesi che non lo conoscono; sicché in Italia esso risulta oggi ammesso nei limiti dell'art. 13, ossia quando si tratti di un «*express fund* creato in un paese che conosca e disciplini il tipo di *trust* in questione». In quei casi esiste con sicurezza, il dovere per il conservatore dei registri immobiliari di trascrivere l'atto e per il giudice di attribuire ai beni la qualità di patrimonio separato. Ammissibile altresì è il negozio di adempimento dell'obbligo di trasferire assunto dal *trustee*<sup>181</sup>.

L'evoluzione normativa in tema di contratto preliminare e di *trust* introduce, dunque, nuovi modi e nuove possibilità di modulare l'effetto traslativo attraverso una sequenza che comporti un impegno obbligatorio e una dichiarazione di volontà futura da cui far dipendere il trasferimento.

Elementi di ulteriore conferma della legittimità di tale evoluzione del sistema si traggono anche da una rilettura attenta dell'art. 1376 c.c. il quale, nel disciplinare il trasferimento della proprietà per effetto del consenso, risolve un solo lato del problema posto dall'atto traslativo e cioè la successione nel diritto reale, che riproduce nell'acquirente la posizione soggettiva dell'alienante. Per tale conseguenza è sufficiente il consenso. Il contenuto della sequenza traslativa non ha aspetti di inderogabilità incompatibili con un pieno dominio della volontà. La quale cede quando occorre disciplinare non l'acquisto del diritto, ma l'opponibilità del titolo e con esso il regime giuridico della circolazione<sup>182</sup>.

Al fine di rendere certe le relazioni intersoggettive si deve disciplinare la prevalenza dell'atto costitutivo su altri incompatibili e la norma interviene con la pubblicità ed il possesso per assicurare, appunto, l'opponibilità.

---

<sup>180</sup> Così M. LUPOI, *Riflessioni comparatistiche sui trust*, in *Eur. e dir. priv.*, 1998, p. 435.

<sup>181</sup> Così A. GAMBARO, *op. cit.*, p. 635; ed ivi un'ampia analisi del problema. V. anche G. VETTORI, voce *Opponibilità*, cit. Per approfondimenti al riguardo v. i successivi paragrafi.

<sup>182</sup> Si riportano le osservazioni già svolte in G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni*, cit., p. 155 ss.

*Ne segue che la graduazione dell'effetto reale non trova limiti nel momento in cui le parti programmano il modo di realizzare il loro interesse al bene. Necessario è il riferimento causale, non essendo ammesso un negozio astratto di adempimento, ma la creazione di forme volontarie di vendita obbligatoria sono ammissibili anche senza il ricorso alla condizione.*

Diversa è la questione quando si vuol attribuire a tali accordi una rilevanza *erga omnes*. Sorge in tal caso un'esigenza di tipicità ed inderogabilità a tutela della circolazione e saranno opponibili quei titoli cui la legge attribuisce prevalenza. Il compito dell'interprete sarà quello di confrontare l'atto dei privati con uno schema normativo che possa consentire o meno la sua opponibilità. La nuova disciplina del contratto preliminare (2645-*bis*), dell'atto di destinazione (2645-*ter*) e di riconoscimento del *trust* lascia margine al maturare di nuovi concetti e di nuovi strumenti: in un caso, sarà possibile ricondurre alla figura del preliminare una serie di figure preparatorie e di atti di adempimento che potranno essere tutte trascritte<sup>183</sup>. Nell'altro la disciplina esistente e una eventuale, futura, legge che disciplini il *trust* potrà, a sua volta, costituire la base per un ampliamento di nuovi modelli di destinazione e di trasferimento. D'altra parte la possibilità di trascrivere ipotesi di vendita obbligatoria può agevolare ulteriori sviluppi<sup>184</sup>.

---

<sup>183</sup> Il tema sarà approfondito nei successivi paragrafi 13 e 14.

<sup>184</sup> Sulla trascrivibilità delle ipotesi di vendita obbligatoria v. l'ampia analisi di F. GAZZONI, *La trascrizione*, cit., p. 113 ss. Per ogni approfondimento G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

## 6. Il contratto preliminare

Gli elementi positivi di identificazione sono scarni ed occorre confrontare fra loro norme del codice e leggi speciali coordinando in particolare gli artt. 1351, 2932, 2645-*bis* c.c., ed il d.lgs. 20 giugno 2005, n.122.

### 6.1. Distinzione dalle figure affini

La distinzione dalla proposta ferma (art. 1329 c.c.) è netta, più sfumata è quella con l'opzione (art. 1331 c.c.), che per alcuno finisce per identificarsi con la figura del contratto preliminare unilaterale. Le due figure sono in verità molto simili, giacché una sola delle parti è vincolata (nel preliminare unilaterale infatti l'obbligo di concludere il definitivo grava su una soltanto delle parti), ma è diversa la modalità di attuazione dell'impegno assunto. Nel caso di inadempimento del contratto preliminare unilaterale sarà esperibile, oltre al risarcimento del danno, l'art. 2932 c.c. perché il promissario ha assunto l'obbligo di concludere un contratto. Nel caso dell'opzione il soggetto ha dichiarato di mantener ferma la propria proposta e si trova in una situazione di soggezione rispetto all'altro che potrà, nel termine prefissato, inviare la propria accettazione e con ciò concludere il contratto. Pertanto, solo nell'ipotesi di contratto preliminare unilaterale sarà esperibile il rimedio di cui all'art. 2932 c.c. in caso di inadempimento<sup>185</sup>.

Ma, a ben vedere, la stessa natura giuridica del contratto preliminare unilaterale è dubbia.

Tale figura riserva ad una sola delle parti la libertà di giudizio intorno al regolamento di interessi ed è diversa dal contratto preliminare bilaterale e simile, invece, alla «finalità speculativa» che caratterizza l'opzione. Ma una volta affermata la difficoltà di ricomprendere i due istituti in un unico tipo, la qualificazione del preliminare unilaterale trova discorde la dottrina: per alcuno esso avrebbe struttura identica al patto di opzione<sup>186</sup>, per altri le due figure seppur adempiono entrambe ad una funzione speculativa, creerebbero dei vincoli di diversa

Preliminare  
unilaterale e  
opzione

<sup>185</sup> Cass., 26 marzo 1997, n. 2692, in *Rep. Foro it.*, 1997, *Contratto in genere*, n. 437; Cass., 8 agosto 1987, n. 6792, in *Rep. Foro it.*, 1987, *Agricoltura*, n. 201.

<sup>186</sup> G. GABRIELLI, V. FRANCESCHIELLI, voce *Contratto preliminare*, in *Enc. Giur.*, IX, 1988, p. 13. Per ogni approfondimento, G. PALERMO, *Contratto preliminare*, Padova, 1991.

intensità a carico del soggetto passivo e nulla potrebbe giustificare la loro assimilazione<sup>187</sup>.

Non è questa la sede per dar conto analiticamente del dibattito teorico su tali questioni. Si può solo osservare che in entrambi i casi è contrattualmente conferito ad un soggetto (accettante) “il potere di determinare effetti che concernono anche la sfera giuridica dell’altro contraente”, e tutto sta a vedere se questo potere può realizzarsi in entrambi i casi con una semplice manifestazione di volontà del titolare o se sia necessario il concorso, nella sola ipotesi del preliminare unilaterale, di un comportamento della controparte la quale si troverebbe, a differenza dell’opzione, in una situazione non di soggezione ma di obbligo a prestare il consenso per la conclusione di un futuro contratto<sup>188</sup>.

È del tutto evidente che siamo qui in presenza di un problema di qualificazione giacché è assai difficile che le parti definiscano esattamente le rispettive posizioni e che, comunque, possa aver rilievo decisivo il *nomen* usato.

Si tratta, pertanto, di valutare l’impegno unilaterale di un soggetto a stipulare in epoca successiva un contratto definitivo per decidere se esso debba ricondursi allo schema formale previsto dall’art. 1331 c.c., o se possa avere rispetto ad esso piena autonomia. Tutto ciò con un metodo che rifugga da ogni eccessivo concettualismo e muova invece dai due elementi della qualificazione: il fatto e la norma.

Se si tiene conto di tali aspetti, opzione e preliminare unilaterale si possono distinguere sia facendo riferimento alla rilevanza dell’autonomia delle parti nel cercare situazioni soggettive diverse nelle varie fasi dell’*iter* procedimentale, sia analizzando una possibile sequenza fra le due figure che è da escludere nel caso in cui ad un’opzione per la conclusione del contratto definitivo segua un preliminare unilaterale ed è più credibile, invece, se l’opzione attiene ad un preliminare e dopo di essa si assume l’impegno unilaterale alla conclusione del contratto definitivo perché in tal caso si può esaurire una fase del procedimento formativo, avvicinando maggiormente le parti alla stipula di quest’ultimo.

---

<sup>187</sup> V. al riguardo, S. MAZZAMUTO, *L’esecuzione in forma specifica dell’obbligo di concludere un contratto*, in *Tratt. Rescigno, Tutela dei diritti*, II, 1998, p. 400 ss.

Autorevole dottrina (R. SACCO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ.*, (dir.) Sacco - De Nova, II, 2004, p. 279), rilevata un’identità di natura tra contratto preliminare unilaterale e contratto con obbligazioni a carico del solo proponente, estende anche al primo il meccanismo di conclusione sancito all’art. 1333 c.c.

<sup>188</sup> Così in particolare, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 658.

## 6.2. Il patto di prelazione

Il contenuto della prelazione volontaria non è disciplinato dal codice in generale ma è chiaramente delineato nella prassi e nella ricostruzione dottrinale.

Il patto può avere un contenuto autonomo od essere inserito in un altro contratto ed ha una struttura costante.

Dal lato passivo dell'obbligato, la prelazione comporta la libertà di concludere o meno il contratto oggetto di preferenza, l'obbligo di manifestare al preferito la volontà di disporre se e quando il promittente si determinerà in tal senso e il dovere di tale soggetto di astenersi dal contrarre con terzi in pendenza della risposta del preferito.

Qualifica del patto di preferenza

Dal lato attivo del titolare, si ha il diritto di essere avvisato dell'intenzione dell'obbligato di contrarre e il diritto di esercitare la prelazione e di concludere il contratto, con preferenza rispetto ad altri, alle condizioni indicate nella proposta (*denuntiatio*).

La dottrina è da tempo divisa nel qualificare il patto di preferenza come contratto preliminare condizionato, o come convenzione caratterizzata dalla finalità negativa di escludere ogni soggetto diverso dal preferito dall'accesso al bene, ma entrambe le costruzioni, se appaiono spesso coerenti con le premesse, non riescono a spiegare compiutamente l'istituto e dar risposta a tutti i problemi di disciplina.

... come convenzione con finalità negativa

Chi utilizza come tratto distintivo della fattispecie un obbligo di non contrarre a carico del promittente, trae per lo più argomenti da un confronto con le prelazioni legali ove è assai dubbia la presenza costante di una finalità negativa; è certo che la *ratio* dell'art. 732 c.c. è quella di impedire l'ingresso di un estraneo nella comunità dei coeredi intesi come gruppo, anche se non necessariamente a carattere familiare, ma il fine di esclusione sfuma nella prelazione agraria ove non è possibile rintracciare un fondamento comune a tutte le ipotesi che spesso testimoniano, anzi, un vero interesse all'acquisto tutelato espressamente dal legislatore. D'altra parte nella prelazione urbana è evidente l'interesse dell'impresa a rafforzare la possibilità di utilizzazione del bene con la sua titolarità formale e, quindi, con la acquisizione definitiva di esso fra gli elementi stabili dell'azienda. Mentre nella preferenza che reciprocamente si riconoscono gli appartenenti ad un gruppo organizzato l'interesse prioritario è indubbiamente di impedire che l'organizzazione collettiva sia alterata per l'ingresso di estranei; ma ciò non è connaturale alla preferenza pattuita isolatamente o anche in occasione di una comunanza occasionale di interessi fra due soggetti. Insomma, l'obbligo di non

contrarre con altri in pendenza del patto fa parte del contenuto complesso del dovere del promittente ma non esaurisce il contenuto della prelazione.

... come  
contratto  
preliminare

Altrettanto unilaterale è il procedimento inverso che subordina l'analisi funzionale alla ricostruzione del tipo. In tal modo si definisce la prelazione come contratto preliminare. Ma il contratto preliminare unilaterale, seppur concettualmente ammissibile, ha struttura diversa dal patto di prelazione. La qualifica della prelazione come preliminare condizionato è frutto di una tendenza dottrinarica a ravvisare in ogni interdipendenza di atti un legame retto dalla disciplina della condizione, che non si presta, invece, ad essere applicata fuori da un campo delimitato. Con quel termine si fa riferimento a fatti esterni e non ad ogni atto di esercizio di potere, che è concetto molto diverso dalla subordinazione ad una condizione in senso tecnico. Nel concedere la prelazione il promittente esercita il proprio potere dispositivo limitandolo, nel concedere ad alcuno una preferenza; non c'è nessun fatto esterno che venga dedotto in condizione, bensì egli si riserva una propria determinazione e cioè un particolare atteggiamento nell'esercizio di un suo potere.

In conclusione: la prelazione volontaria non è un preliminare condizionato perché oggetto dell'obbligazione è la preferenza e non la conclusione del contratto e la condizione relativa alla eventuale volontà di concludere il contratto da parte dell'obbligato è essenziale al tipo.

Dubbio è se il preferito in caso di inadempimento dell'obbligato oltre alla tutela risarcitoria disponga anche di una tutela specifica ai sensi dell'art. 2932 c.c. Se si qualifica l'istituto come un preliminare la soluzione potrebbe essere positiva, altrimenti è più incerto.

Certo è che non si potrà richiedere la sentenza costitutiva finché l'obbligato è libero di contrarre. Si può ammettere il ricorso a tale azione se l'obbligato ha già manifestato irrevocabilmente la volontà di contrarre ed è dunque divenuto attuale il diritto del preferito che, in caso di inadempimento, potrebbe ricorrere al giudice per richiedere il rispetto dell'altra parte dell'obbligo a contrarre.

Sentenza  
costitutiva

### **6.3. La puntuazione e le lettere di intenti**

Vi sono numerose altre pattuizioni che agevolano il progredire dell'impegno fino all'accordo.

La figura della  
puntuazione

La puntuazione si inserisce spesso nella fase di formazione progressiva del contratto.

Si ha tale figura quando le parti concordano di fissare alcuni elementi del contratto in una minuta per fissare le trattative svoltesi sino a quel momento e si riservano di definire successivamente altri punti.

«Rientrano nella nozione di «minuta o puntuazione» del contratto, per la quale è indispensabile l'esistenza di un documento sottoscritto da entrambe le parti, sia i documenti che contengano intese parziali in ordine al futuro regolamento di interessi (c.d. puntuazione di clausole), sia i documenti che predispongano con completezza un accordo negoziale in funzione preparatoria del medesimo (c.d. puntuazione completa di clausole); in relazione a tale secondo caso, la parte che intenda dimostrare che non si tratti di un contratto concluso, ma di una semplice minuta con puntuazione completa di clausole, deve superare la presunzione semplice di avvenuto perfezionamento del contratto, e ciò gli è reso possibile in virtù del principio secondo cui anche un documento dimostrante con completezza un assetto negoziale può essere soltanto preparatorio di un futuro accordo, una volta dimostrata l'insussistenza di una volontà attuale di accordo negoziale»<sup>189</sup>.

Chiara è la sua diversità rispetto alle altre figure sin qui esaminate.

«Ai fini della configurabilità di un definitivo vincolo contrattuale è necessario che tra le parti sia raggiunta l'intesa su tutti gli elementi dell'accordo, e non se ne può ravvisare pertanto la sussistenza là dove, raggiunta l'intesa solamente su quelli essenziali ed ancorché riportati in apposito documento (c.d. «minuta» o «puntuazione»), risulti rimessa ad un tempo successivo la determinazione degli elementi accessori».

«Ne segue che anche in presenza della completa regolamentazione di un determinato assetto negoziale può risultare integrato un atto meramente preparatorio di un futuro contratto, come tale non vincolante tra le parti, in difetto dell'attuale effettiva volontà delle medesime di considerare concluso il contratto il cui accertamento, nel rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli art. 1362 seg. c.c., è rimesso alla valutazione, del giudice di merito, incensurabile in cassazione ove sorretta da motivazione congrua ed immune da vizi logici e giuridici.

(Nell'affermare tale principio, la Corte di Cassazione ha cassato la sentenza di merito rilevando che, nel ritenere perfezionato un accordo transattivo tra le parti di giudizio per effetto di duplice missiva inviata dal legale di una delle parti e considerata accettata dal difensore di controparte, il giudice di merito aveva nel caso del tutto omissivo di valutare il comportamento complessivo delle parti, in particolare quello mantenuto successivamente alla supposta conclusione dell'accordo

---

<sup>189</sup> Cass., 16 luglio 2002, n. 10276, in *Foro it. online*.



transattivo. Non si era considerato che dopo lo scambio delle suindicate lettere, il difensore di una delle parti aveva dichiarato in udienza avanti al giudice istruttore che erano ancora pendenti trattative tra le parti per la formalizzazione di un accordo, e che nel prosieguo del giudizio le parti avevano in entrambi i gradi di merito formulato opposte conclusioni)»<sup>190</sup>.

Le lettere di  
intenti

Le lettere di intenti sono testi che le parti concordemente si scambiano o sottoscrivono<sup>191</sup> per attestare che può iniziare o esiste fra di loro una trattativa. Con queste dichiarazioni le parti non si vincolano alla conclusione di un contratto, ma manifestano una disponibilità, un interesse ad iniziare o a proseguire la trattative.

Tali documenti possono avere diversi contenuti, funzioni ed effetti.

Possono collocarsi all'inizio della trattativa e indicare che le parti intendono trattare su un certo contratto e quali punti dovranno discutere. Ad uno stadio successivo possono contenere un impegno delle parti a proseguire le trattative in corso fissando i punti su cui si è raggiunto l'accordo. Infine possono contenere anche tutti i punti dell'accordo e documentare che, tuttavia, il contratto non è concluso (ad esempio, nell'ipotesi in cui il contratto deve essere sottoposto all'approvazione di un organo)<sup>192</sup>.

Il contenuto di queste dichiarazioni può creare affidamenti e rilevare sul piano della responsabilità precontrattuale.

### ***Giurisprudenza***

“Al fine di accertare se le parti abbiano concluso un contratto ovvero predisposto solamente una minuta, la valutazione del giudice deve incentrarsi sul documento (nella specie, la Suprema Corte ha confermato la valutazione dei giudici di merito, i quali, facendo leva sulla clausola che prevedeva l'obbligo di restituire gli immobili sublocati, avevano escluso il perfezionamento di un nuovo contratto di locazione, ritenendo che le parti si fossero limitate a una mera intesa preparatoria)” (Cass. civ., sez. III, 14 luglio 2006, n. 16118, in *Obb. contr.*, 2007, 613, nota Cuccovillo).

“L'indagine volta a stabilire se e in che momento tra le parti si sia concluso un contratto, o se le dichiarazioni di volontà intercorse abbiano

<sup>190</sup> Cass., 18 gennaio 2005, n. 910, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, p. 1.

<sup>191</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 140.

<sup>192</sup> V. ROPPO, *op. loc. cit.*

solo il valore di dichiarazione di intenti, costituisce accertamento di fatto, riservato al giudice di merito (in applicazione di tale principio di diritto, la suprema corte ha ritenuto carente sul piano sia logico che giuridico la motivazione della sentenza con la quale si attribuiva valore di semplice dichiarazione di intenti alle scritture sottoscritte dalle parti, trascurando del tutto l'elemento letterale e mancando una analisi completa e compiuta sia delle due missive, sia del comportamento complessivo tenuto dalle parti)<sup>193</sup>.

#### 6.4. Gli accordi normativi.

Contratto normativo viene comunemente definito l'accordo con il quale due o più parti predeterminano il contenuto di futuri contratti, che esse restano libere di concludere o meno.

Esso può essere ricompreso, al pari dell'opzione e del contratto preliminare, nel più ampio fenomeno della formazione progressiva del contratto, sebbene differisca da queste ultime figure perché non obbliga le parti alla conclusione dei futuri accordi, limitandosi a stabilire le clausole che questi devono contenere nel caso siano poi perfezionati.

Si suole distinguere i contratti normativi c.d. interni da quelli c.d. esterni. Nei primi le parti dei contratti futuri, detti anche particolari, sono le stesse che avevano concluso il contratto quadro, i secondi individuano invece le ipotesi nelle quali le parti si impegnano ad includere determinate clausole contrattando con terzi soggetti. Ad esempio alcune imprese si obbligano a praticare ciascuna nei confronti dei propri clienti determinati prezzi minimi. Si consideri che quest'ultima ipotesi è tenuta presente dal 2° comma dell'art. 2 L. 287/1990 che sanziona le intese restrittive della concorrenza, nonché dall'art. 33 Cod. cons. lett. t) secondo il quale si presumono vessatorie le clausole che implicano "restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi".

Sebbene il contratto in questione rappresenti una categoria di origine dottrinale e quindi si presti ad essere ricostruito secondo innumerevoli schemi, esempi tipici di contratti normativi vengono individuati, oltre che nei contratti collettivi di lavoro, nell'accordo quadro tra appaltatori e fornitori previsto dall'art. 16 d.lgs. 158/1995, nel conto corrente bancario, nel contratto di intermediazione mobiliare, nella concessione di vendita e nel franchising.

Contratti  
normativi  
interni e  
esterni

Contratto  
vincolante?

Si discute se il contratto di cui ci occupiamo sia vincolante per le parti, tanto che qualcuno ha sollevato dubbi sul fatto che possa essere

<sup>193</sup> Cass., 18 novembre 2003, n. 17449, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, p. 11.

qualificato come un contratto, non potendo avere quella forza di legge stabilita dall'art. 1372 c.c.. Quest'ultima opinione, un tempo maggioritaria, veniva motivata con la considerazione che qualora una parte del contratto quadro, al momento della conclusione di un contratto particolare, non condivida più il contenuto delle clausole concordate in precedenza potrebbe rifiutarsi di perfezionare l'accordo, vanificando così gli scopi e gli effetti del contratto programmatico senza, peraltro, incorrere in alcun inadempimento.

In tempi più recenti la dottrina – pur concordando con quanti osservano che la mancata stipula dei contratti particolari non provoca alcun inadempimento – ha affermato che tale rifiuto può essere qualificato come contrario a correttezza, soprattutto nel caso in cui sia del tutto immotivato.

Automaticità o  
volontà  
manifestata?

È infine discusso se le clausole prestabilite in un contratto normativo entrino automaticamente nel contenuto dei successivi contratti particolari ovvero se occorra una specifica manifestazione di volontà. La giurisprudenza ha avuto modo, anche recentemente, di occuparsi proprio di quest'ultima questione, in riferimento ad una concessione di vendita, stabilendo che quest'ultima è «un contratto innominato riconducibile, sul piano strutturale, al contratto quadro o normativo, dal quale deriva l'obbligo di promuovere la rivendita dei prodotti che vengono acquistati mediante la stipulazione, alle condizioni fissate dall'accordo iniziale di singoli contratti di acquisto. Da ciò consegue che la previsione, nel contratto normativo intercorso tra le parti, del patto di riservato dominio comporta l'obbligo per le medesime parti di inserire la clausola di riserva della proprietà in ciascuno dei contratti di vendita da stipularsi in epoca successiva, senza tuttavia che detta clausola possa ritenersi implicitamente riprodotta in questi ultimi per il solo fatto di far parte dell'impegno programmatico»<sup>194</sup>.

Di recente i giudici hanno affrontato aspetti del contratto quadro, in materia di intermediazione nell'acquisto di titoli. Si è affermato che «la mancata stipulazione del contratto-quadro tra l'intermediario finanziario autorizzato e il cliente, che rappresenta un *necessario presupposto dei successivi contratti esecutivi* di mandato, determina la nullità degli ordini di acquisto conferiti nel corso del rapporto»<sup>195</sup>. Ancora, si è statuito che il contratto a monte trovi la propria causa nella regolamentazione dei contratti a valle, sicché «la disciplina dei singoli va ricercata nel contratto quadro, *la cui causa consiste nel regolare* (cfr. art. 1321 c.c.) in via preventiva una indefinita serie di negozi»<sup>196</sup>.

Intermediazione  
finanziaria

<sup>194</sup> Cass., 22 ottobre 2002, n. 14891, in *Contr.*, 2003, 583, nota TIMPANO. In senso conforme: Cass., 22 febbraio 1999, n. 1469, in *Contr.*, 1999, 782, nota ZAPPATA ed in ultimo Cass., 07 aprile 2005, n. 7275, in *Foro pad.*, 2006, I, p. 35.

<sup>195</sup> Trib. Firenze, 18 ottobre 2005, in *Giur. Merito*, 2007, 1, p. 49, nota BARENGHI.

<sup>196</sup> Trib. Torino, 03 febbraio 2005, *Dir. e prat. soc.*, 2005, 23, p. 68, nota COLAVOLPE.

L'analisi di questa particolare applicazione ha suscitato ulteriori riflessioni con riguardo alla possibilità che il contratto normativo sia immediatamente produttivo di obblighi. Si è così affermato che «la violazione dei doveri di comportamento che gravano sull'intermediario finanziario non costituisce causa di nullità del contratto per mezzo del quale l'investitore acquista gli strumenti finanziari, ma *inadempimento delle obbligazioni che derivano dal contratto quadro* con cui l'intermediario si impegna a prestare il servizio di negoziazione: il cliente, dunque, è legittimato a domandare la risoluzione del contratto e il risarcimento del danno»<sup>197</sup>. Altra giurisprudenza<sup>198</sup> nega, peraltro, che nei casi in questione si possa parlare di contratto normativo non essendo il contratto – si afferma – «solo finalizzato a disciplinare eventuali e futuri negozi giuridici, ma comportando l'immediato insorgere di diritti ed obblighi».

Dalla casistica emerge quindi come il contratto normativo o quadro sia una figura aperta e capace di contenere varie clausole, le quali benché immediatamente precettive non ne mutano la struttura di base, che resta quella di programmare, predeterminandolo, il contenuto di un numero imprecisato di futuri affari che le parti si riservano di concludere.

#### **6.5. Il preliminare di preliminare e la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 6 marzo 2015 n. 4628.**

La Corte di Cassazione a sezioni unite ( n. 4628 del 2015) ha esaminato la questione dopo che una sentenza precedente ( n.8038 del 2009) aveva ritenuto nullo questo contratto per una serie di motivi che si possono riassumere così. a) L'art.2932 c.c. instaura uno stretto collegamento fra contratto preliminare e definitivo. b) non ha senso di promettere ora di promettere in seguito qualcosa, anziché prometterlo subito. Tale funzione non è che una “inconcludente superfetazione” non meritevole di tutela.

A questa posizione si era contrapposto un orientamento possibilista verso un “preliminare aperto” e una possibile tripartizione delle fasi che conducono alla stipula del contratto definitivo. Da qui, dopo molte incertezze anche dottrinarie, la sentenza della Corte che si propone di fare chiarezza in particolare sulla contrattazione immobiliare, “ settore che ha segnato la fortuna del contratto preliminare nel nostro ordinamento”. L'argomentazione giuridica della sentenza si articola così. La complessità dei contatti e delle verifiche da effettuare nella fase preparatoria ha determinato una tripartizione delle fasi contrattuali.

---

<sup>197</sup> Trib. Milano, 25 luglio 2005, *Giur. Merito*, 2005, 11, p. 2281.

<sup>198</sup> Trib. Mantova, 30 novembre 2006, in *www.ilcaso.it*.

Una prima in cui è versata una parte del prezzo e comunicata una proposta irrevocabile all'acquisto. Una seconda volta alla conclusione di un vero e proprio contratto preliminare. La terza dedicata al rogito notarile. Le parti apportano spesso una serie ampia di varianti, ma si tratta di precisare se sia ammessa la possibilità di due fasi anteriori all'atto notarile, volte a consentire una serie di controlli sul bene, la qualità delle parti, la situazione urbanistica.

La Corte reputa ciò possibile riconoscendo “ la libertà di determinarsi e di fissare un nucleo di interessi da trasfondere nei vari passaggi contrattuali”, ed utilizza, ancora, lo schema della causa in concreto definita da tempo come “ scopo pratico del negozio..sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato” ( Cass. n. 10490 del 2006). Uno strumento concettuale che giova come “criterio di interpretazione del contratto e come criterio di qualificazione dello stesso”. Tramite di esso è facile constatare che con la formula di preliminare di preliminare le parti si propongono una serie di possibilità diverse. Escludere l'applicabilità dell'art.2932 c.c., prevedere una forma di recesso a favore d una parte, subordinare la promessa da una condizione ed altre ancora.

La sentenza osserva esattamente che se non vi sono violazioni di una legge imperativa “ non v'è motivo per giudicare inammissibili procedimenti contrattuali gradualila, la cui utilità sia riscontrata dalle parti con pattuizioni che lasciano trasparire l'interesse perseguito, in sé meritevole di tutela, a una negoziazione consapevole e informata”. Con due conseguenze importanti.

- a) Le parti possono fissare in un procedimento le fasi precontrattuali. A seconda che si pongano in essere mere puntuazioni senza un obbligo di contrarre, accordi vincolanti sotto alcuni aspetti dell'affare ed altre forme di impegno.
- b) Quando la “formazione del vincolo è limitata anche ad una sola parte del regolamento, la violazione di queste intese, da luogo a responsabilità contrattuale da inadempimento di un'obbligazione specifica, sorta nel corso della formazione del contratto, riconducibile alla terza delle categorie considerate nell'art.1173 c.c.”

Cass., sez. un., 6 marzo 2015, n. 4628

“In presenza di contrattazione preliminare relativa a compravendita immobiliare che sia scandita in due fasi, con la previsione di stipula di un contratto preliminare successiva alla conclusione di un primo accordo, il giudice di merito deve preliminarmente verificare se tale accordo costituisca già esso stesso contratto preliminare valido e suscettibile di conseguire effetti ex art. 1351 e 2932 c.c., ovvero anche soltanto effetti obbligatori ma con esclusione dell'esecuzione in forma specifica in caso di inadempimento. Riterrà produttivo di effetti l'accordo denominato come preliminare con il quale i contraenti si obbligino alla successiva stipula di un altro contratto preliminare, soltanto qualora emerga la configurabilità dell'interesse delle parti a una formazione progressiva del contratto basata sulla differenziazione dei contenuti negoziali e sia identificabile la più ristretta area del regolamento di interessi coperta dal vincolo negoziale originato dal primo preliminare. La violazione di tale accordo, in quanto contraria a buona fede, potrà dar luogo a responsabilità per la mancata conclusione del contratto stipulando, da qualificarsi di natura contrattuale per la rottura del rapporto obbligatorio assunto nella fase precontrattuale.”

## **6.6 Preliminare e definitivo.**

La figura deve essere distinta anzitutto dal negozio con cui le parti vogliono gli effetti definitivi, ma si promettono rispettivamente di riprodurre il consenso in forma solenne.

La distinzione è importante in ordine agli effetti ed alla tutela. Nel contratto preliminare non si producono effetti definitivi, ma c'è solo un obbligo a stipulare il contratto definitivo, realizzabile anche tramite una sentenza che crea il titolo (art. 2932 c.c.).

Mentre nel secondo caso il titolo c'è già. L'effetto traslativo è compiuto ed occorre solo: l'autenticazione delle sottoscrizioni ai fini della eventuale trascrizione o, in mancanza, l'accertamento delle situazioni costituite con il negozio ai sensi art. 2652 c.c.

Al di là di queste precisazioni la distinzione fra preliminare e definitivo non è sempre facile perché occorre ricercare la volontà delle parti oltre la qualificazione usata e sarà decisivo stabilire se i contraenti hanno

voluto un trasferimento immediato o hanno stabilito di rinviare tale momento ad un altro contratto<sup>199</sup>.

Decisiva sarà l'univocità della dichiarazione sulla definitività degli effetti<sup>200</sup> mentre non è rilevante la consegna della cosa o, addirittura, l'integrale pagamento del prezzo perché ciò è compatibile con la struttura del contratto preliminare che assumerà la veste di una pattuizione preliminare con effetti anticipati<sup>201</sup>.

Si può anticipare tutto, ma non il trasferimento della proprietà (altrimenti si avrebbe il definitivo)<sup>202</sup>. È chiaro dunque che l'eventuale consegna del bene anticipata al momento del preliminare non solo non produce effetto traslativo, nè trasferisce il possesso del bene: al promissario acquirente spetta la semplice detenzione della *res*, con tutte le conseguenze che ne derivano.

Se il contratto preliminare ad effetti anticipati non è seguito dal definitivo si dovrà ricorrere a rimedi restitutori per riottenere quanto pagato o la riconsegna della cosa.

---

<sup>199</sup> Per indicazioni sui diversi orientamenti, da ultimo, V. RICCIUTO, *La formazione progressiva del contratto*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. Contr.*, (dir.) P. Rescigno, E. Gabrielli, I, Milano, 2006; G. SICCHIERO, *Il contratto preliminare*, in *Tratt. del contratto*, (dir.) V. Roppo, vol. III, Milano, 2006, p. 373 ss.

<sup>200</sup> V. Cass., 19 ottobre 2000, n. 13827, in *Contr.*, 2001, p.670.

<sup>201</sup> La figura del preliminare con effetti anticipati, nata e sviluppata nella prassi, è oggi pacificamente ammessa in giurisprudenza; si tratta infatti del "portato d'una prassi contrattuale sviluppatasi essenzialmente nel settore immobiliare, in ragione della sua attitudine a fornire uno strumento idoneo a soddisfare sollecitamente determinate esigenze delle parti, principalmente la disponibilità del bene per l'una e del denaro per l'altra ma ulteriori se ne possono agevolmente ipotizzare (...) Sono usuali, al riguardo, particolarmente nella materia delle compravendite immobiliari – che è quella più interessata dal fenomeno – le ipotesi in cui il promittente venditore debba portare a termine procedimenti amministrativi di regolarizzazione dell'edificio od opere di completamento dell'edificio stesso o delle infrastrutture accessorie od estinguere ipoteche o mutui, in difetto di che non sussiste l'interesse e conseguentemente la volontà di perfezionare l'acquisto da parte del promissario acquirente; o quelle in cui quest'ultimo debba, a sua volta, procurarsi, anche in più riprese, le disponibilità necessarie alla corresponsione integrale del prezzo, il conseguimento del quale condiziona parimenti interesse e volontà del promittente venditore alla realizzazione della vendita" (Cass., Sez. Un., Cass. 27 marzo 2008, n. 7930, citata nel testo). V. altresì in giurisprudenza, ex multis, v. Cass., 22 giugno 2000, n. 8488, *Rep. Foro it.*, 2000, *Contratto in genere*, n. 50; Cass., 12 aprile 1999, n. 3571, cit.

In dottrina, v. R. DE MATTEIS, *La contrattazione preliminare ad effetti anticipati*, Padova, 1991; R. SACCO, *Il contratto*, cit., p. 270 ss.; D. CENNI, *Il contratto preliminare ad effetti anticipati*, in *Contr. impr.*, 1994, p. 1108.

<sup>202</sup> Nello stesso senso, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 659; R. SACCO, *op. loc. cit.*

Di grande rilevanza è la recente pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite (27 marzo 2008, n. 7930, in *Guida al dir.*, 2008, 19, p. 23), ove si precisa che “Dottrina e giurisprudenza, quando – sulla considerazione per cui la terminologia "promette di vendere o di acquistare" non è automaticamente indicativa d’una semplice promessa e la cosiddetta anticipazione degli effetti della vendita può essere indice dell’intento di porre in essere un contratto definitivo se il differimento della manifestazione di volontà non risulti chiaramente dal contratto – affermano che, al fine di attribuire ad una stipulazione il contenuto del contratto di compravendita o piuttosto quello del preliminare di compravendita, è determinante l’identificazione del comune intento delle parti – diretto, nel primo caso, al trasferimento della proprietà della res verso la corresponsione di un certo prezzo, conformemente alla causa negoziale dell’art. 1470 c.c., e, nel secondo caso, all’insorgenza di un particolare rapporto obbligatorio che impegni ad un’ulteriore manifestazione di volontà, alla quale sono rimessi il trasferimento del diritto dominicale sulla res e l’adempimento dell’obbligazione del pagamento del prezzo – onde il giudice del merito deve esaminare la stipulazione nel suo complesso al fine di accertare la comune volontà delle parti nell’un senso piuttosto che nell’altro, compiono, in verità, solo un primo approccio alla questione in esame, che, evidentemente, più non si porrebbe ove l’accertamento demandato al giudice si risolvesse nel senso del contratto ad effetti reali, dacché, in tal caso, non vi sarebbe, evidentemente, luogo a parlare di preliminare, dacché le prestazioni rese avrebbero già realizzato gli effetti del definitivo”.

Se l’accertamento compiuto dal giudice dovesse approdare al preliminare “si rende necessaria un’indagine ulteriore e diversa in ordine alla volontà delle parti, onde identificare quali effetti, differenti da quelli propri del definitivo ma aggiuntivi rispetto a quelli ordinari del preliminare, le parti stesse avessero inteso far derivare dalla convenzione, in attuazione della quale ed in particolare delle pattuizioni aggiuntive hanno, di seguito, operato alcune prestazioni corrispondenti a quelle proprie del definitivo. Al fine della qual ulteriore indagine, devesi preliminarmente considerare come la previsione e l’esecuzione della *traditio* della *res* e/o del pagamento, anche totale, del prezzo non siano affatto, di per se stessi, incompatibili con l’intento di stipulare un contratto solo preliminare di compravendita, dacché, in tal guisa operando, le parti manifestano e concretamente realizzano esclusivamente l’intento d’anticipare non gli



effetti del contratto di compravendita – l'impegno alla cui futura stipulazione costituisce l'oggetto delle obbligazioni assunte con la convenzione stipulata nella prescelta forma del preliminare, mentre tali effetti rappresentano, per contro, proprio quel risultato cui le parti stesse non hanno inteso, al momento, pervenire – ma solo quelle prestazioni che delle obbligazioni nascenti dalla compravendita costituiscono l'oggetto, id est la consegna della res ed il pagamento del prezzo, quali, *ex artt.* 1476 e 1498 c.c., sono poste a carico, rispettivamente, del venditore e del compratore.

Escluso che con la stipulazione del preliminare, sia pure con previsione, ed esecuzione, della consegna della res e/o del pagamento del prezzo, le parti debbano avere necessariamente inteso che si verificassero gli effetti della compravendita – nel qual caso, d'altronde, come si è già evidenziato, si sarebbe in presenza d'un definitivo e non d'un preliminare – deve anche escludere che, in virtù di tale esecuzione, possa essersi trasmesso dal promittente venditore al promissario acquirente il possesso della *res* (...).

Per altro verso, deve considerarsi che il preliminare di compravendita con il quale siano contestualmente pattuite anche la consegna anticipata della res e la corresponsione del pari anticipata del prezzo in una o più soluzioni non è un contratto atipico, almeno se con tale termine s'intende definire un contratto caratterizzato da una funzione economico-sociale non riconducibile agli schemi normativamente predeterminati e tuttavia suscettibile di riconoscimento e di tutela, sul presupposto dell'autonomia contrattuale che l'ordinamento riconosce ai privati, in ragione della sua liceità e della sua meritevolezza”.

## 6.7 La causa del contratto definitivo

La scissione tra preliminare e contratto definitivo adempie a funzioni pratiche di primaria importanza.

La ragione d'essere è la stessa che presiede alla separazione fra vendita ed atto traslativo, variamente presente in molti sistemi (a partire da quello romano, al sistema angloamericano, tedesco, russo e cinese). Il nostro codice attraverso l'art. 1376 c.c. si è ispirato al modello francese, come abbiamo ampiamente osservato.

Quanto alla natura del definitivo – in rapporto al contratto preliminare – esistono varie teorie.

Per alcuni il definitivo è solo un atto dovuto privo di autonomia, giacché ogni elemento fondamentale dell'operazione è contenuto nel contratto preliminare che obbliga al trasferimento.

Per altri, il contratto definitivo opera una novazione del contratto preliminare che sarebbe estinto da tale figura successiva.

Per altri ancora la causa del contratto definitivo è complessa. Realizza lo scambio ma ha anche una funzione di controllo sulla conformità del bene o della prestazione rispetto al programma contrattuale.

Ad ogni modo giurisprudenza e dottrina sono concordi nell'ammettere la possibilità di modificare o rimuovere in sede di definitivo pattuizioni contenute nel preliminare. Resta ferma la possibilità che il definitivo non esaurisca né disciplini integralmente il contenuto del preliminare: in questa ipotesi, si tratterà di verificare la volontà delle parti in ordine alle pattuizioni pendenti le quali, ove non rinunciate, risulteranno assorbite e disciplinate dal contratto preliminare stesso<sup>203</sup>.

Certo è che l'unica fonte dei diritti è il contratto definitivo, salvo che le parti abbiano previsto che il preliminare sopravviva.

### ***Giurisprudenza***

“Nel caso in cui al contratto preliminare, sia seguita la stipula del definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto, in quanto il contratto preliminare, determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare, salvo che le parti non abbiano espressamente previsto che essa sopravviva” (Cass., 11 luglio 2007, n. 15585, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8).

---

<sup>203</sup> v. V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 660; R. SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 295.

In giurisprudenza, v. Cass., 11 luglio 2007, n. 15585 (riportata nel testo); Cass., 9 luglio 1999, n. 7206, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, p. 1605 ai sensi della quale “nel caso in cui le parti dopo aver stipulato un contratto preliminare siano addivenute alla stipulazione del contratto definitivo, quest'ultimo costituisce l'unica fonte dei diritti e delle obbligazioni inerenti al negozio voluto, in quanto il contratto preliminare determinando soltanto l'obbligo reciproco della stipulazione del contratto definitivo, resta superato da questo, la cui disciplina può anche non conformarsi a quella del preliminare. Il suddetto principio non può peraltro trovare applicazione nell'ipotesi in cui il contratto definitivo non esaurisca gli obblighi a contrarre previsti nel preliminare, occorrendo in tal caso accertare la volontà negoziale delle parti valutando tra l'altro il contenuto di detto preliminare”.

## 6.8 Ambito disciplinare

La maggiore diffusione della contrattazione preliminare si ha nei contratti traslativi ove è necessario, specie nella compravendita immobiliare, accordarsi sugli elementi essenziali dell'affare e riservarsi di compiere quegli accertamenti che la legislazione rende sempre più complessi.

Preliminare  
e donazione

Dubbia è la possibilità della sequenza preliminare-definitivo nella donazione. Alcuno – ivi compresa la giurisprudenza che si è espressa sul punto<sup>204</sup> – la esclude, perché “il contratto definitivo ... come donazione non può svolgersi se manca l'attributo fondamentale della donazione che è la spontaneità”<sup>205</sup>; per altri, è invece ammissibile a patto che il preliminare si qualifichi come donazione, con la quale una parte arricchisce l'altra assumendo verso la stessa un'obbligazione<sup>206</sup>.

Preliminare e  
contratti reali

Da sempre incerta è l'ammissibilità del preliminare nei contratti reali.

Chi nega tale possibilità osserva che in tali contratti o c'è la consegna e allora vi è già un contratto definitivo, oppure la consegna non c'è, e allora il preliminare non può svolgere la sua funzione e potrebbe essere addirittura nullo<sup>207</sup>.

Per altri, ed è la tesi preferibile, il preliminare è compatibile con la struttura del contratto reale: dubbia è solo l'applicabilità dell'articolo 2932 c.c., giacché la sentenza non può produrre gli stessi effetti del contratto non concluso in assenza della consegna, essenziale ai fini della esistenza stessa del contratto reale. Una delle principali argomentazioni a fondamento dell'orientamento in oggetto è rinvenuta nel contratto preliminare di mutuo disciplinato all'art. 1822 c.c.: in questo caso la consegna assurge ad elemento proprio della stipulazione del definitivo<sup>208</sup>.

---

<sup>204</sup> Cass., 18 dicembre 1996, n. 11311, in *Contr.*, 1997, p. 460, nota di G. BONILINI.

<sup>205</sup> In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale, Commentario Cod. Civ. Scialoja Branca*, 1970, p. 438. Propende per la nullità del contratto preliminare di donazione anche C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 182.

<sup>206</sup> R. SACCO, in R. Sacco, G. De Nova, *Il contratto*, II, cit., p. 267 ss.

<sup>207</sup> In questo senso R. SACCO, *Il contratto*, II, cit., p. 273 ad avviso del quale non si tratterebbe di preliminare in senso proprio. V. inoltre G. GABRIELLI, V. FRANCESCHIELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 4.

<sup>208</sup> Al riguardo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 656; F. GAZZONI, *Contratto preliminare, Tratt. Bessone*, Il contratto in generale, XIII, Torino, 2000, p. 565 ss. V. inoltre S. MAZZAMUTO, *Il mutuo di scopo e le nuove forme di finanziamento pubblico alle imprese*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 636 ss.; M. LIBERTINI, *Commento sub. artt. 1813-1822*, in *Comm. cod. civ.*, (dir.) P. Cendon, IV, Torino, 1991, p. 1458. Da ultimo, N. VISALLI, *La promessa di mutuo nell'ambito della teoria del contratto reale*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 63.

## 6.9 Effetti

In forza del contratto preliminare, nasce un'obbligazione assistita da un'azione personale, un mero diritto di credito non opponibile ai terzi la cui violazione farà sorgere un'azione risarcitoria e la pretesa volta ad ottenere una sentenza costitutiva (art. 2932 c.c.).

È bene ricordare che in caso di fallimento del promittente l'art. 72 della legge fallimentare esclude che si possa chiedere al curatore la stipulazione definitiva, anche tramite una sentenza del giudice (art. 2932). Spetta a tale soggetto (il curatore) scegliere se dare esecuzione o sciogliere il contratto, inserendo così il promissario che avesse già anticipato parte del prezzo nella massa fallimentare.

In linea generale, proprio le conseguenze negative derivanti nei confronti dei terzi, del curatore del fallimento e del promissario acquirente hanno indotto il legislatore ad intervenire con due normative di protezione del promissario stesso. La trascrizione del contratto preliminare e la tutela degli acquirenti di immobili da costruire. Vediamole da vicino.

### *a) La trascrizione del contratto preliminare.*

L'art. 2645-*bis* prevede la possibilità di trascrivere i contratti preliminari aventi ad oggetto la conclusione di uno dei contratti di cui ai nn. 1, 2, 3 e 4 dell'art. 2643 (anche se sottoposti a condizione o relativi a edifici da costruire o in corso di costruzione) con la conseguenza di prenotare gli effetti della trascrizione del contratto definitivo e di dare vita, in linea di massima, ad un blocco dell'efficacia di atti iscritti o trascritti successivamente contro il promittente alienante<sup>209</sup>. Tale effetto prenotativo ha carattere temporaneo: esso cessa e si considera come mai prodotto se entro un anno dalla data convenuta tra le parti per la conclusione del contratto definitivo, e in ogni caso entro tre anni dalla trascrizione del preliminare, non sia eseguita la trascrizione del contratto definitivo o di altro atto che costituisca comunque esecuzione del contratto preliminare o della domanda giudiziale.

L'art. 2645-*bis*  
e la trascrizione  
del preliminare

---

<sup>209</sup> L'art. 2645-*bis* c.c. è stato inserito con d.l. 669/1996, convertito con legge 30/1997. Al riguardo, in particolare, A. LUMINOSO, G. PALERMO, *La trascrizione del contratto preliminare*, Padova, 1998; E. GABRIELLI, *La pubblicità immobiliare del contratto preliminare*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 530; A. DI MAJO, *La trascrizione del preliminare e regole di conflitto*, in *Corr. giur.*, 1997, p. 515.

L'esigenza perseguita attraverso la codificazione dell'art. 2645-*bis* è dunque quella di tutelare il promissario acquirente dalla possibile alienazione a terzi dell'immobile oggetto del preliminare. La riforma del 1996 ha altresì rafforzato il credito del contraente del preliminare trascritto vittima dell'inadempimento, mediante l'attribuzione – ex art. 2775-*bis* c.c. – del privilegio speciale sugli immobili oggetto del preliminare<sup>210</sup>.

Il nuovo art. 2645-*bis* è assai significativo anche sul piano sistematico, ponendo il problema di quali ulteriori atti preparatori siano trascrivibili (contratto preliminare unilaterale; opzione e prelazione).

*b) la tutela degli acquirenti di immobili da costruire.*

Il d.lgs. 20 giugno 2005 n. 122 si propone di assicurare protezione alle persone fisiche che stipulano contratti aventi ad oggetto edifici da costruire, la cui costruzione – appunto – non sia stata iniziata o comunque completata<sup>211</sup>.

Le tutele del  
promissario  
acquirente

In sintesi il provvedimento prevede le seguenti tutele:

- a) rilascio di una fideiussione di importo corrispondente alla somma e al valore di ogni altro eventuale corrispettivo che il costruttore ha riscosso o deve ancora riscuotere.
- b) Consegna di una polizza assicurativa indennitaria di durata decennale a garanzia del risarcimento dei danni per rovina parziale o totale dell'edificio o per gravi difetti di costruzione.
- c) Obbligo di conformare il contratto preliminare ad un contenuto minimo assai minuzioso.
- d) Ampliamento dei soggetti legittimati a chiedere la suddivisione del mutuo e il frazionamento in quote.
- e) Divieto per il notaio di procedere alla stipula dell'atto se prima non sia stato frazionato il mutuo e l'ipoteca.
- f) Il diritto di prelazione a favore dell'acquirente che abbia adibito l'immobile ad abitazione principale per sé o per un parente di primo grado con le modalità previste dall'art. 9 del d.lgs. 122/2005.
- g) Esclusione dalla possibile revocatoria fallimentare per gli immobili che l'acquirente abbia acquisito a giusto prezzo (art.10).

---

<sup>210</sup> v. G. TUCCI, *Conflitto tra privilegio del credito del promissario acquirente per mancata esecuzione del contratto preliminare e ipoteche iscritte prima della trascrizione del preliminare medesimo*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, II, p. 481 ss.

<sup>211</sup> Al riguardo, v. G. PALERMO, *La tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Giust. civ.*, 2008, 6, p. 319 ss.; ID., *Lo schema legale dei contratti relativi ad immobili da costruire*, in *Riv. Not.*, 2006, 4, p. 965.

h) Possibilità per l'acquirente di escutere la garanzia fideiussoria prima che il curatore comunichi la scelta fra esecuzione o scioglimento del contratto (art. 11).

La disciplina dei soggetti, dell'oggetto e degli atti contenuta nel d.lgs. 122/2005 induce ad arricchire e a rettificare la nostra consapevolezza su: 1) il requisito soggettivo delle norme di protezione; 2) l'individuazione dei beni immobili; 3) l'effetto reale del contratto. Iniziamo dal primo di questi aspetti: i soggetti.

### *b.1. Requisito soggettivo delle norme di protezione*

d.lgs.  
122/2005  
I soggetti...  
L'art. 2 della legge delega (legge 2 agosto 2004, n. 210) e l'art. 1 del d.lgs. 122/2005 fanno riferimento, quanto al soggetto acquirente destinatario delle tutele, alla persona fisica ed escludono le società, le persone giuridiche e gli enti collettivi. Ed è dubbio, in base alla lettera della norma, se essa si riferisca anche alla persona fisica che agisca nell'esercizio di un'impresa o di una professione.

Esistono due letture.

- a) Per alcuni, il requisito che il contratto sia stipulato per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale è da ritenersi soluzione coerente e implicita con la *ratio* della normativa e, forse, imposta per assicurare la legittimità costituzionale della norma. Ciò perché lo statuto dei soggetti che agiscono per scopi non professionali è un tratto consolidato del sistema, ma l'estensione della disciplina anche a imprenditori individuali e professionisti è una "disparità di trattamento con società e enti difficilmente conciliabile con l'art. 3 e 41 della Costituzione"<sup>212</sup>.
- b) D'altra parte, altri ci ricorda che questo non è certo il primo caso di tutela che prescinde dalla qualità di consumatore. Basta pensare al cliente delle banche, alla subfornitura ed ai termini di pagamento nelle transazioni commerciali<sup>213</sup>.

Nel nostro caso, peraltro, c'è una diversità sistematica precisa:

- la legislazione consumeristica ha di mira asimmetrie informative e squilibri di natura giuridico economica;
- nella nostra legge la tecnica è diversa perché sono diversi gli interessi da tutelare;

---

<sup>212</sup> G. DE CRISTOFARO e J. COSTOLA, *Le misure di protezione degli acquirenti di edifici da costruire introdotte dal D.Lgs. 20 giugno 2005, n. 122*, in *Studium Juris*, 2005, p. 1006 ss.; v. inoltre M. C. D'ARRIGO, *La tutela contrattuale degli acquirenti di immobili da costruire*, in *Riv. not.*, 2006, 4, p. 911.

<sup>213</sup> G. PETRELLI, *Gli acquisti di immobili da costruire*, Milano, 2005, p. 40 ss. alla cui opera si farà costante riferimento.

- non ha rilievo la predisposizione del contenuto o la carenza di informazioni;
- l'acquisto non è un atto di consumo ma la tutela è accordata “in considerazione della intrinseca rischiosità dell'operazione”<sup>214</sup>;
- la persona che ha acquistato è un contraente “meno avveduto e meno abile per contrattare in condizioni di parità”, ma al contempo è più “evoluto rispetto alla figura del consumatore”. Da qui la specialità di tutela che non è incostituzionale. Ne segue anzi che se la persona fisica è anche consumatore cumulerà le due discipline<sup>215</sup>.

Una lettura sistematica conferma questa seconda interpretazione.

La perdita di centralità della figura del consumatore è una tendenza precisa del diritto privato europeo. In esso emerge la rilevanza della asimmetria di potere contrattuale e il criterio soggettivo non orienta più in modo univoco. Ne è prova l'evoluzione dei codici. In Francia al *Code civil*, costruito su eguaglianza e parità si sono affiancati codici settoriali; in Germania nel BGB prevale il modello opposto e le nozioni di consumatore e imprenditore compaiono, ora, nella parte generale. In Italia l'evoluzione ha il segno dell'ambiguità ma in tutte le codificazioni emerge, con chiarezza, una linea di tendenza comune<sup>216</sup>.

La necessità di un trattamento differenziato delle posizioni dei contraenti che presuppone il riconoscimento delle parità delle situazioni soggettive davanti alla legge e al giudice (artt. 24 e 111 della Costituzione) e l'accertamento giudiziale delle diversità tramite l'attuazione di una norma speciale; l'uso rigoroso di clausole generali; la qualificazione giuridica di un fatto che giustifichi il trattamento diversificato.

Ciò avviene chiaramente nel nostro caso ove il fatto individuato è l'acquisto non immediato, per sé o un proprio congiunto, da parte di una persona fisica (che è anche imprenditore o professionista) o di colui che ha assunto obbligazioni con una cooperativa per ottenere l'assegnazione in proprietà nei confronti di un costruttore che rivesta la qualità di imprenditore (edile o non edile) e non di semplice privato<sup>217</sup>.

---

<sup>214</sup> V. ancora G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 45.

<sup>215</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 46.

<sup>216</sup> V. sul punto G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, 4, p. 743 ss.

<sup>217</sup> v. G. DE CRISTOFARO e J. COSTOLA, *op. cit.*, p. 1008; G. RIZZI, *Decreto legislativo 122/2005: La garanzia fideiussoria ed i presupposti di applicazione della nuova normativa*, Studio CNN 5813/C, 23 luglio 2005.

Il dato di riferimento è dunque un fatto, una posizione e non solo una qualità soggettiva riferita ad un atto di consumo.

### *b.2. Individuazione dei beni immobili*

... I beni  
Quanto all'oggetto, è noto che ogni bene giuridico è la sintesi fra *res* e l'interesse tutelato. Sicché la sua individuazione nel nostro caso non può che dipendere da entrambi gli elementi dai quali si trae la relazione delle cose e il grado di tutela. Vediamole entrambe da vicino.

1) Immobile da costruire è quello per il quale è stato richiesto il permesso di costruire e che sia ancora da edificare o la cui costruzione non risulti ultimata, essendo in stato tale da non consentire ancora il rilascio del certificato di agibilità<sup>218</sup>.

Il bene giuridico in esame (la *res*) si colloca fra due momenti fissati dalla legge:

- dopo l'avvenuta richiesta del permesso di costruire o della denuncia di attività;
- prima del completamento della finitura e della richiesta del certificato di agibilità.

Sono esclusi dalla disciplina:

- gli acquirenti, quando non è stato chiesto il permesso;
- gli acquirenti, quando è già richiesto il rilascio dell'agibilità;
- gli acquirenti che hanno richiesto il permesso prima dell'entrata in vigore della norma<sup>219</sup>.

Sulla estensione della *ratio* di tale disciplina normativa si hanno due interpretazioni diverse:

- da un lato, si delimita l'operatività della norma su di un piano solo privatistico e si reputa ancora possibile dopo la legge la commerciabilità di fabbricati da edificare e per i quali non sia stato richiesto il titolo edilizio<sup>220</sup>;
- dall'altro, si reputa al contrario nullo per illiceità dell'oggetto il contratto preliminare o definitivo concernente un immobile da costruire prima che sia richiesto il permesso<sup>221</sup>.

Per una corretta interpretazione si tratta di stabilire se la definizione di immobile da costruire di cui all'art. 1 valga ai soli fini della tutela dell'acquirente o travalichi tale interesse.

---

<sup>218</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 23.

<sup>219</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>220</sup> Così G. RIZZI, *op. cit.*, p. 16-17.

<sup>221</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 27.



Questa ultima soluzione sembra preferibile in base ad una serie di indici normativi di particolare significato:

- la stipula di un contratto definitivo di un fabbricato da costruire ai sensi dell'art. 46 D.P.R. n. 380/2001 esige il rilascio del permesso di costruzione;
- l'eseguibilità della sentenza costitutiva *ex art.* 2932 esige l'indicazione del permesso;
- nella nuova disciplina la richiesta del permesso è il fattore di ingresso nella normativa di protezione che è subordinata all'esigenza di tutela dell'interesse pubblico al contrasto dell'abusivismo edilizio<sup>222</sup>;
- l'art. 6 esige gli estremi del permesso di costruire nel preliminare "comunque diretto al successivo acquisto".

Ciò può essere sufficiente:

a) per ritenere che la richiesta del permesso sia divenuto elemento di liceità dell'oggetto nelle operazioni finalizzate all'acquisto di immobili da costruire;

b) per bilanciare la tutela dell'acquirente e l'interesse pubblico in vari momenti:

- è sufficiente la richiesta del permesso nel preliminare;
- occorre il rilascio per la stipula del definitivo;
- se vi è difformità totale fra l'edificio in corso di costruzione e il permesso rilasciato cessa la tutela dell'acquirente su cui grava un onere di controllo iniziale, ai sensi dell'art. 6 che esige l'allegazione al contratto degli elaborati del progetto<sup>223</sup>.

2) Quanto alle ristrutturazioni, è noto che l'ipotesi era esclusa nei lavori preparatori, ma una lettura attenta della norma induce a una conclusione diversa per i seguenti motivi:

- la ristrutturazione individua un nuovo bene costituito dal fabbricato e dall'interesse dell'acquirente che ha assunto obbligazioni;
- vi è sostanziale identità fra nuova costruzione al rustico e fabbricato da ristrutturare.

Sicché la tutela non può essere negata; occorre solo che l'immobile sia diverso da quello originario e lo sarà quando l'intervento richiede un nuovo certificato di agibilità<sup>224</sup>.

---

<sup>222</sup> ID., *op. cit.*, p. 27 ss.

<sup>223</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>224</sup> G. RIZZI, *op. cit.*, p. 13 ss.

3) Per quanto concerne la destinazione e il corrispettivo si può osservare che la destinazione è irrilevante tranne che per il diritto di prelazione ed i limiti alla azione revocatoria, i quali esigono la destinazione abitativa e la qualità di abitazione personale.

Quanto al corrispettivo, fino a quando non sono corrisposti acconti, non è dovuta la fideiussione mentre saranno sempre operative: l'assicurazione; il contenuto minimo del contratto; il frazionamento del mutuo; la prelazione e i limiti alla azione revocatoria; il limite della facoltà di scelta del curatore<sup>225</sup>.

### *b.3. Atti, operazione economica ed effetto reale del contratto*

... e  
l'operazione  
economica

La legge non identifica tipi contrattuali ma piuttosto una funzione e una finalità: “l’acquisto” o “trasferimento non immediato” a favore dell’acquirente o di un suo parente in primo grado del fabbricato da costruire”.

Oggetto di considerazione non è la causa, la struttura o altri criteri, ma ogni atto che produca (1, 2, 3) abbia o possa avere per effetto o, comunque, come finalità il trasferimento non immediato di un immobile o di un diritto reale.

La norma recepisce ed utilizza l’idea di operazione intesa come “unità formale che trova nel regolamento tipico il suo centro, intorno al quale si coordinano le altre determinazioni pattizie e i diversi comportamenti attuativi, ciascuno caratterizzato dalla rilevanza che gli è propria”<sup>226</sup>.

Un’intuizione pensata dalla dottrina in relazione alla funzione illecita, al titolo dell’acquisto, al procedimento di conclusione del contratto avversata a lungo dai teorici della fattispecie come alterazione della purezza della dinamica giuridica (fatto-effetto). Una creazione del pensiero giuridico che ha arricchito la nostre conoscenze<sup>227</sup> ed è ora uno strumento privilegiato del legislatore nazionale e comunitario come tecnica normativa di regolazione per gruppi di contratti e strumento per evitare elusioni nella normativa di protezione.

Ed è in questa dimensione che la legge la utilizza: la sua funzione ordinante agevola l’applicazione integrale della norma.

---

<sup>225</sup> A. LUMINOSO, *Sulla predeterminazione legale del contenuto dei contratti di acquisto di immobili da costruire*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 6, p. 713.

<sup>226</sup> G. PALERMO, *Funzione illecita e autonomia privata*, Milano, 1970, p.111; G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 2 ss.

<sup>227</sup> G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, op. cit., p. 2 ss.; e ora E. GABRIELLI, *Il contratto e le sue qualificazioni*, in *Trattato dei contratti* (a cura di P. RESCIGNO), Torino, 2006, p. 49 ss.

Nei contratti preparatori l'ampia formula normativa è idonea a comprendere qualsiasi atto anche unilaterale con cui l'acquirente si vincoli con il costruttore.

La categoria della vendita obbligatoria risulta ampliata, come vedremo, e, con riguardo alla normativa in discorso, è necessario solo qualche accorgimento in ordine al momento in cui il fabbricato deve considerarsi venuto ad esistenza, ai fini della precisa individuazione del prodursi dell'effetto traslativo.

Si dovranno coordinare le nozioni di esistenza e completamento e saranno opportune alcune cautele sulla redazione dell'atto<sup>228</sup>. Ove si potrà far coincidere convenzionalmente la venuta ad esistenza con il rilascio del certificato agibilità.

La garanzia fideiussoria cesserà nei diversi momenti in cui si realizza l'effetto traslativo.

Il riferimento al *leasing* traslativo è opportuno perché sono frequenti i casi in cui l'acquirente nel preliminare si riserva la nomina di una società di *leasing* che acquisterà e concederà poi il godimento all'utilizzatore. Il quale può essere pregiudicato dall'insolvenza o inadempimento del costruttore. È opportuno allora che la tutela scatti, in tal caso, dal preliminare anche se l'acquisto sarà perfezionato in capo alla società di *leasing*<sup>229</sup>.

D'altra parte, dove vi è un trasferimento immediato come nell'ipotesi di vendita del rustico con obbligo di completamento e nel fabbricato da ristrutturare o dove il trasferimento non c'è come nell'appalto, non opera la norma sulla fideiussione e si può solo valutare l'applicazione analitica di alcune disposizioni come quella relativa all'assicurazione.

La capacità ordinante dell'operazione è dunque molto elevata ma c'è di più.

La disciplina è un ulteriore dato normativo che rafforza il convincimento sulla derogabilità e gradualità dell'effetto reale da parte dei privati.

Sono noti gli altri indici di rilevanza.

Da un lato, l'adempimento del compratore come condizione del prodursi dell'effetto reale, che è stata riconosciuta dalla giurisprudenza recente della Cassazione e nella stessa sentenza costitutiva (ai sensi dell'art. 2932), ove gli effetti del contratto non concluso sono spesso condizionati al pagamento del prezzo.

---

<sup>228</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 65 ss.

<sup>229</sup> G. PETRELLI, *op. cit.*, p. 91 ss.; G. RIZZI, *op. cit.*, p. 1.

Dall'altro, la scissione convenzionale dell'operazione traslativa in un contratto di alienazione obbligatorio, seguito da un atto traslativo causale a struttura unilaterale di adempimento che è stato:

- riconosciuto in alcuni casi in giurisprudenza (atto traslativo di adempimento di un precedente obbligo di mantenimento realizzato con una proposta di donazione non accettata ma perfezionata *ex art. 1333*);
- ammesso espressamente nella novella sulla trascrizione del preliminare, ove si menziona il contratto definitivo o altro atto che costituisce comunque esecuzione del contratto preliminare. Nella norma, si è detto, il baricentro dell'operazione è il contratto preliminare e l'adempimento del medesimo è demandato ad un atto negoziale solutorio con causa esterna. Sicché la svolta è netta<sup>230</sup>.

Ma la scelta si consolida appunto nel Decreto Legislativo in esame, quando si parla, da un lato, di contratto preliminare e, dall'altro, di ogni altro contratto che abbia o possa avere come effetto o finalità il trasferimento non immediato della proprietà. La norma riconosce così la derogabilità del principio consensualistico rimarcando il passaggio dall'immediatezza e contrattualità dell'effetto reale alla gradualità, differimento, e unilateralità nella sua produzione.

## 6.10 Rimedi

Si è a lungo discusso sulla ipotesi di sopravvenienze, difformità o differenze di valore che si verificano o siano scoperte dopo la conclusione del contratto preliminare ma prima della sottoscrizione del contratto definitivo.

Principio di intangibilità del preliminare e suo superamento

La soluzione adottata in precedenza nella giurisprudenza teorica e pratica era del tutto lineare:

- gli effetti che si possono produrre con il definitivo sono quelli dichiarati nel preliminare, e le parti e il giudice non possono innovare il contenuto di tale atto (art. 2932).
- di fronte a difformità o vizi il promissario avrà due possibilità:
  - concludere un definitivo fedele alla lettera del preliminare;

---

<sup>230</sup> Su tali profili v. C. CAMARDI, *Vendita e contratti traslativi. Il patto di differimento degli effetti reali*, Milano, 1999, p.103 ss.; T. V. RUSSO, *I trasferimenti patrimoniali tra coniugi nella separazione e nel divorzio*, Napoli, 2001, p.167.

– rimuovere il preliminare.

Dominava dunque l'idea della intangibilità del preliminare. Sicché il definitivo e la sentenza *ex art. 2932 c.c.* non potevano che essere mere riproduzioni del preliminare.

La revisione di tale convincimento segue i seguenti passaggi:

– il giudice deve tener conto non solo di ciò che le parti dichiararono quando stipularono il contratto, ma di tutte le circostanze connesse;

– il contenuto del contratto non è solo quello voluto, ma quello oggetto di integrazione *ai sensi dell'art. 1374 c.c.*;

Così dalla fine degli anni '90 il principio dell'intangibilità è stato abbandonato e si è ritenuto possibile adattare il contratto definitivo o la sentenza costitutiva in presenza di determinate condizioni<sup>231</sup>.

L'identità del bene è necessaria ma si può esperire l'azione per eliminare i vizi e le difformità nonché contestualmente l'azione *ex art. 2932 c.c.* quando le difformità non riguardano struttura e funzione del bene e non incidono sulla sua identità, ma solo sul suo valore economico.

Più delicata è la questione relativa alla presenza di un vizio nel contratto preliminare. È chiaro che in tal caso si può impugnare il preliminare o mantenerlo in vita rettificato. Ma che cosa accade se si conclude il definitivo e poi si chiede l'eliminazione dell'atto? Le soluzioni non possono essere che diversificate<sup>232</sup>.

– Se la parte conosceva il vizio prima del preliminare e conclude il definitivo si potrebbe pensare ad una rinuncia.

– Se il rimedio contro il preliminare è prescritto al tempo del definitivo l'atto è inattaccabile. Se invece detto rimedio non è prescritto ovvero è imprescrittibile (si pensi all'azione di nullità), la soluzione varia a seconda della ricostruzione adottata in ordine alla natura del definitivo ed alla sua autonomia. A ben vedere, non può essere fornita una soluzione unitaria al problema, occorrendo una verifica della fattispecie concreta e delle circostanze.

– Unica eccezione, per taluno è l'azione di rescissione<sup>233</sup>. A fronte di un preliminare rescindibile, anche la giurisprudenza ammette il decorso di un nuovo termine di prescrizione annuale a partire dalla stipulazione del definitivo: la *ratio* va ricercata nella eccessiva brevità del termine prescrizionale<sup>234</sup>.

---

<sup>231</sup> V. in particolare Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236, riportata nel testo.

<sup>232</sup> V. al riguardo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 665 ss.; F. GAZZONI, *Contratto preliminare*, cit., p. 702 ss.; G. GABRIELLI, *Contratto preliminare*, cit., p. 199.

<sup>233</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 665.

<sup>234</sup> V. Cass., 23 novembre 2000, n. 15139, in *Giur. it.*, 2001, p. 1611, n. TOMMASI.

Di contro, in caso di vizi che attengano al solo definitivo, i rimedi troveranno applicazione per quest'ultimo; il venir meno di tale contratto inoltre non incide sulla validità del preliminare e sull'obbligo che ne sorge. Pertanto, resta in vita l'obbligo nascente dal preliminare di stipulare un nuovo contratto definitivo esente da vizi.

### ***Giurisprudenza***

“In tema di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto, che postula l'identità fra il bene promesso in vendita e quello da trasferire, il promissario acquirente può esperire cumulativamente e contestualmente l'azione di cui all'art. 2932 c.c. e quella diretta all'eliminazione dei vizi o difformità o alla riduzione del prezzo, allorché le difformità, non riguardando la struttura e la funzione del bene, non sono in grado di incidere sulla sua identità ma soltanto sul valore economico” (Cass., 29 ottobre 2003, n. 16236, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 10).

“L'efficacia retroattiva dell'annullamento del contratto definitivo determina la reviviscenza del contratto preliminare e delle obbligazioni che le parti con quest'ultimo hanno assunto; pertanto quando il contratto definitivo è annullato, è esperibile l'azione di esecuzione specifica dell'obbligo di contrarre assunto con la stipulazione del contratto preliminare” (Cass., 22 febbraio 1999, n. 1395, in *Giur. It.*, 1999, 271).

#### **6.11 Cedibilità del preliminare**

Come ogni contratto anche il preliminare può essere ceduto con il consenso delle parti (1406 c.c.), consenso che può essere espresso o indiretto.

In particolare, si è ritenuto che l'apposizione della riserva di nomina del contraente *ex art.* 1401 c.c. non solo sia compatibile con il contratto preliminare, ma possa anche valere come dichiarazione di accettazione preventiva della cessione nel caso in cui tale volontà risulti nella formulazione di tale riserva.

“In un contratto preliminare di compravendita immobiliare, la clausola che prevede che il promissario acquirente acquisti per sè o per persona da nominare può comportare la configurabilità sia della cessione del contratto ai sensi dell’art. 1406 ss. c.c., con il preventivo consenso della cessione a norma dell’art. 1407 stesso cod., sia di un contratto per persona da nominare di cui all’art. 1401 c.c., e ciò sia in ordine al preliminare che con riferimento al contratto definitivo. Tale pluralità di configurazioni giuridiche va pertanto riferita al contenuto effettivo della volontà delle parti contraenti, che l’interprete deve ricercare in concreto, detto accertamento costituisce una valutazione di fatto rimessa al giudice del merito e, pertanto, è incensurabile in sede di legittimità se condotto correttamente alla stregua dei criteri ermeneutici dettati dagli art. 1362 ss. c.c. e sorretto da motivazione congrua ed immune da vizi logico-giuridici” (Cass., 25 settembre 2002, n. 13923, in *Dir. e giust.*, 2002, 39, 25).

### **6.12 La sentenza costitutiva di cui all’art. 2932 c.c.**

La norma ammette tale azione qualora sia possibile e non sia esclusa dal titolo.

Per esperire l’azione l’attore deve aver eseguito la sua prestazione o avere fatto offerta nei modi di legge (art. 1208 c.c.); la giurisprudenza si accontenta di qualsiasi offerta e ad essa equipara la convocazione davanti al notaio per la conclusione del definitivo. Non solo, ma in materia si è formato un indirizzo giurisprudenziale creativo e di grande utilità per le parti.

Se il prezzo non è stato pagato è impensabile che la parte paghi nel momento in cui il giudice decide. E la soluzione giurisprudenziale prevede che il giudice possa accogliere la domanda di esecuzione in forma specifica e trasferire la proprietà dell’immobile, subordinando il trasferimento alla condizione sospensiva del pagamento. Se la prestazione dell’attore non è liquida, il giudice si riserva anche la possibilità di liquidarla in via preventiva.

Quanto al requisito della possibilità, deve essere, appunto, possibile realizzare gli effetti traslativi, e ciò dovrà escludersi, ad esempio, quando il promittente non è più proprietario perché ha alienato con atto trascritto.

“In materia di contratto preliminare di vendita, la volontà del promittente acquirente, che agisca per ottenere la sentenza costitutiva di cui all’art. 2932 c.c., può essere desunta anche dall’invito fatto al promittente venditore di recarsi davanti al notaio per la stipula del definitivo e, allo stesso modo, può essere manifestata attraverso l’offerta della prestazione fatta in giudizio dalla parte, personalmente o anche a mezzo del suo procuratore, prima della sentenza. L’offerta "nei modi di legge", imposta al promissario acquirente dall’art. 2932 c.c., non deve necessariamente consistere nell’offerta formale di cui agli art. 1208, 1209 e 1210 c.c., essendo sufficiente anche la semplice offerta secondo gli usi. Poiché l’offerta del prezzo integra una condizione dell’azione, che, come tale, deve sussistere al momento della decisione, essa può essere validamente fatta durante tutto il corso del giudizio. Soltanto nel caso in cui la prestazione del contraente che agisce in giudizio sia esigibile al momento della domanda giudiziale, la prestazione stessa deve essere adempiuta, o l’offerta deve essere fatta, al momento di tale domanda, ma se in base all’accordo delle parti, il pagamento del prezzo deve essere eseguito al momento della stipula del rogito definitivo o successivamente, la sentenza costitutiva deve essere pronunciata a prescindere da qualsiasi offerta e il pagamento del prezzo deve essere imposto dal giudice, quale condizione dell’effetto traslativo derivante dalla sentenza” (Cass., 16 marzo 2006, n. 5875, in *Guida al diritto*, 2006, 22, 47).



## 7. La clausola penale e la caparra.

### 7.1. La clausola penale

La funzione  
della clausola  
penale

L'art. 1382 c.c. amplia il potere di autonomia delle parti e prevede che esse possono “predeterminare, in tutto o in parte l'ammontare del risarcimento del danno dovuto dal debitore inadempiente (aspetto risarcitorio) ovvero esonerare il creditore dal fornire la prova del danno subito, o, ancora, porre a carico di quest'ultimo una sanzione per l'inadempimento o il ritardo. E ciò in deroga alla disciplina positiva sull'onere della prova, la determinazione del risarcimento, la possibilità di istituire sanzioni private<sup>235</sup>”.

L'art. 1384 c.c. dispone che 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'inadempimento”.

Quanto alla funzione della clausola penale, in dottrina si è discusso tra chi vi individua una funzione essenzialmente risarcitoria, in quanto finalizzata alla determinazione preventiva del danno: la posizione giuridica del creditore viene così rinforzata dall'esenzione dell'onere di provare il danno, con conseguente riduzione dei tempi connessi<sup>236</sup>. E chi vi ravvisa una duplice funzione, risarcitoria e sanzionatoria. Quest'ultima è in particolare giustificata dal potere correttivo ex art. 1384 c.c.: da esso si desume il possibile scollamento dell'ammontare della penale rispetto all'entità del danno verificatosi, e la relativa riconduzione all'interesse patrimoniale del creditore all'adempimento<sup>237</sup>. Altri poi annovera la penale nell'ambito delle c.d.

---

<sup>235</sup> Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985. In dottrina, R. SACCO - G. DE NOVA, *Il Contratto*, II, Torino, 1993, p. 160; v. inoltre M. SANTARONI, *Spunti comparatistici in tema di clausola penale*, in *Studi in onore di Rodolfo Sacco*, Torino, 1994, p. 1059 ss.

<sup>236</sup> C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 5. *La responsabilità*, Milano, 1994, p. 222.

<sup>237</sup> V.M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 89 ss. il quale più precisamente evidenzia il ruolo sanzionatorio della penale di tal che individua “clausole penali pure”, caratterizzate dall'elemento punitivo, e “clausole penali non pure”, arricchite dall'elemento risarcitorio su volontà delle parti; A. ZOPPINI, *La pena contrattuale*, Milano, 1991, p. 99 ss.; F. GALGANO, *Artt. 1382-1384*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1993, p. 165 ss.

Ancora diversa è la ricostruzione di chi (S. MAZZARESE, *Clausola penale (artt. 1382-1384)*, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999) accoglie la visione dualistica della clausola penale attribuendole una funzione sanzionatoria a seconda dell'intenzione dei contraenti e dell'atteggiamento punitivo o risarcitorio.

“pene private” e, dunque, dotata della finalità di prevenzione (garantita dall’incidenza sul comportamento della parte per spingerla all’adempimento) e di punizione (giustificata alla luce del possibile intervento giudiziale entro i binari dell’equità, a prescindere dalla riconduzione dell’importo ai danni effettivamente subiti)<sup>238</sup>.

Il problema più delicato concerne la possibilità per il giudice di disporre d’ufficio la riduzione della penale e sul punto si sono pronunziate di recente le Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>239</sup>. L’ampio dibattito e l’interesse suscitato è motivato dal fatto che il tema implica una presa di posizione sul potere di controllo del giudice sul contenuto contrattuale e più in generale sui limiti alla libertà delle parti di predisporre il contenuto del contratto.

Ciò lo si ricava assai bene dalla prima sentenza che ha ripensato la consolidata opinione contraria alla riducibilità d’ufficio. La Cassazione da conto del precedente indirizzo che si basava sui seguenti argomenti<sup>240</sup>:

- il divieto per il giudice, ai sensi dell’art. 2907 c.c., di provvedere d’ufficio, salvo i casi previsti dalla legge.
- La *ratio* dell’art. 1384 c.c. che sarebbe limitata alla tutela della posizione del solo debitore.
- Le riserve contro l’intervento del giudice nella “cittadella della autonomia contrattuale”, giustificata dal “mito ottocentesco della onnipotenza della volontà e del dogma della intangibilità delle convenzioni”.

La sentenza reputa che l’intervento del giudice previsto dall’art. 1384 debba ora essere valutato non in “chiave di eccezionalità bensì quale semplice aspetto del normale controllo che l’ordinamento si è riservato sugli atti di autonomia privata” e scandisce i motivi che ispirano e sorreggono tale attività<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> G. PONZANELLI, voce *Pena privata*, in *Enc. giur. Treccani*, XXII, Milano, 1990, 1 ss.; P.GALLO, *Pene private e responsabilità civile*, Milano, 1996, 33 ss.; E. MOSCATI, *Pena privata e autonomia privata*, in *Le pene private*, (a cura di) Busnelli, Scalfi, Milano, 1985, p. 235 ss.

<sup>239</sup> Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

<sup>240</sup> V. in particolare Cass., sez. I, 24 settembre 1999, n. 10511, in *Contratti*, 2000, 11, p. 121, con nota di G. BONILINI, *Sulla legittimazione attiva alla riduzione della penale*. Cfr. inoltre, R. CALVO, *Il controllo della penale eccessiva tra autonomia privata e paternalismo giudiziale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, I, p. 297.

<sup>241</sup> Così Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit., donde sono tratti i riferimenti di cui al testo.

- In primo luogo la costituzionalizzazione dei rapporti di diritto privato che implica un bilanciamento di valori di pari rilevanza quali, da un lato, l'art 41, 2° comma, sulla tutela dell'iniziativa economica privata (e indirettamente della libertà di contratto) e, dall'altro, il dovere di solidarietà nei rapporti intersoggettivi previsto nell'art. 2. Dovere da cui si è già desunta "l'esistenza di un principio di inesigibilità come limite alle pretese creditorie" e che integra il "canone generale di buona fede e correttezza ( artt. 1175, 1337, 1359, 1366, 1375)". Il quale comporta "obblighi anche strumentali di protezione della persona e delle cose della controparte" conformando ogni situazione soggettiva<sup>242</sup>.
- Se si tiene conto di ciò, un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 1384 non può che comportare una riduzione anche d'ufficio della penale, stante "il potere-dovere conferito al giudice per la realizzazione di un interesse oggettivo dell'ordinamento".
- Interesse questo che, in presenza della funzione sanzionatoria espressa con la clausola penale, assume una specifica rilevanza per "garantire l'adeguatezza e proporzione della sanzione all'illecito che essa è destinata a prevenire o reprimere".

Dopo che alcune sentenze avevano disatteso tale orientamento e riproposto la necessità della domanda di parte<sup>243</sup> è intervenuta la sentenza delle Sezioni Unite (13 settembre 2005 n.18128) che conferma la svolta operata in precedenza con una motivazione ricca e condivisibile. Vediamola.

Si individuano anzitutto tre argomenti fondamentali nella giurisprudenza che nega il potere del giudice di ridurre d'ufficio la penale.

Il primo fa leva sulla assenza di deroga nell'art.1384 c.c. al principio in base al quale il giudice non può pronunciare se non nei limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti. Ma a ciò si replica che l'art. 112 c.p.c. "lascia intendere che vi sono, oltre alle eccezioni proponibili solo dalle parti, anche eccezioni che non lo sono e, in

<sup>242</sup> Al riguardo viene richiamata la nota sentenza della Cassazione del 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 la cui massima sancisce che: "Il principio di correttezza (art. 1175, c.c.) costituisce il limite interno di qualunque posizione giuridica di origine contrattuale e contribuisce alla conformazione (in senso ampliativo o restrittivo) delle stesse posizioni, in modo di assicurare l'ossequio alla giustizia sostanziale del rapporto. Il principio suindicato (buona fede oggettiva) concorre a creare la *regula iuris* del caso concreto".

<sup>243</sup> Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 5.

quanto tali rilevabili d'ufficio". Sicché occorre esaminare se la riduzione della penale può essere oggetto di un'eccezione rilevabile solo dalle parti. L'art 1384, a differenza di altre ipotesi normative (artt. 1242, 1442 comma 4, 1495 comma 3, 1667 comma 3, 1944 comma 2, 1947 comma 1, 2938, 2969 c.c.), non contiene una precisa indicazione sulla richiesta della parte. Il silenzio può allora far propendere per un possibile intervento correttivo d'ufficio da parte del giudice, previsto espressamente in altre ipotesi (artt. 1526, 1934 c.c.).

Il secondo argomento si fonda sulla *ratio* dell'art. 1384 che sarebbe espressa da una tutela degli interessi specifici del debitore di cui allora sarebbe necessaria l'istanza di riduzione. Ma, argomenta la Corte, tale osservazione non è esatta perché "il potere di riduzione appare attribuito al giudice non per la tutela di un interesse della parte tenuta al pagamento della penale, ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascende". Come accade in molte altre ipotesi ove l'intervento equitativo del giudice "pur risolvendosi in favore di una delle parti in contesa, non è tuttavia predisposto specificatamente per la tutela di un suo interesse".

Il terzo motivo di contrasto con la tesi della rilevabilità d'ufficio concerne il fatto che il giudice non può avere altri parametri per il giudizio di equità che quelli forniti dalle parti; ma ancora la Cassazione replica che "la mancata allegazione della eccessività della penale incide sul piano fattuale della sussistenza delle condizioni per la riduzione della penale ma non sull'esercizio d'ufficio del potere del giudice"<sup>244</sup>.

... Le  
argomenta-  
zioni

Esaurita la parte *destruens* della motivazione la pronunzia motiva la possibilità della riduzione d'ufficio con un'attenta delimitazione dell'area della autonomia contrattuale e dei suoi limiti.

Si richiamano anzitutto i principi costituzionali delineati dalla citata sentenza 10511/1999 e si ribadisce che, in presenza di limiti entro cui l'autonomia deve svolgersi, il compito del giudice nell'assicurarne il rispetto non può che realizzarsi d'ufficio.

Nel caso della penale, la legge ha attribuito al giudice un controllo in "funzione correttiva della volontà delle parti per ricondurre l'accordo ad equità" e si può affermare che "il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti a tutela di un interesse generale" che giustifica dunque la rilevabilità d'ufficio.

---

<sup>244</sup> V. sul punto ciò che di recente è affermato per la rilevabilità d'ufficio della nullità, la quale deve risultare dagli atti senza esonerare la parte dall'onere probatorio: Cass., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, p. 11.

“In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall’art. 1384 c.c. a tutela dell’interesse generale dell’ordinamento, può essere esercitato d’ufficio per ricondurre l’autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela, e ciò sia con riferimento alla penale manifestamente eccessiva, sia con riferimento all’ipotesi in cui la riduzione avvenga perché l’obbligazione principale è stata in parte eseguita, giacché in quest’ultimo caso la mancata previsione da parte dei contraenti di una riduzione della penale in caso di adempimento di parte dell’obbligazione si traduce comunque in una eccessività della penale se rapportata alla sola parte rimasta inadempita” (Cass., Sez. Un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985).

## **7.2. La caparra confirmatoria**

Al momento della conclusione del contratto un contraente può consegnare una somma di denaro o una quantità di cose fungibili all’altro contraente a titolo di caparra confirmatoria.

Trattasi di uno dei rimedi previsti dal legislatore e che le parti possono espressamente introdurre nel contratto per rafforzare il vincolo e stimolare l’adempimento<sup>245</sup>.

Infatti, se il contratto è adempiuto, la caparra deve essere restituita o, come di frequente accade, imputata alla prestazione dovuta.

Diversamente, in caso di inadempimento, il suo funzionamento è strettamente collegato alla contestuale nascita un diritto di recesso: se inadempiente è chi ha consegnato la caparra, l’altro contraente può trattenerla e recedere dal contratto; al contrario, se inadempiente è chi ha ricevuto la caparra, l’altro contraente può pretendere il doppio e recedere dal contratto.

I rimedi recesso e caparra, introdotti per effetto di una negoziazione tra le parti, si sommano ai rimedi generali previsti dal codice civile della risoluzione del contratto e risarcimento del danno.

Fino al 2009, non era chiaro quale fosse il rapporto tra queste coppie di tutele.

---

<sup>245</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, a cura di G. Iudica – P. Zatti, Milano, 2001, p. 549; A. Cataudella, *I contratti – parte generale*, Torino, 2014, p. 156; M. DELLACASA, *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, *Rimedi-2*, vol. 5, Milano, 2006, p. 352.

Ciò aveva originato un contrasto in giurisprudenza, soprattutto in ordine alla possibilità di trasformare la domanda nel corso del processo.

Si è così reso necessario l'intervento delle Sezioni unite della Cassazione. Queste hanno stabilito che i rimedi “*si pongono in un rapporto di assoluta incompatibilità strutturale e funzionale: proposta la domanda di risoluzione, volta al riconoscimento del diritto al risarcimento integrale dei danni asseritamente subiti, non può ritenersene consentita la trasformazione in domanda di recesso con ritenzione della caparra perché (...) verrebbe così a vanificarsi la funzione della caparra, quella di consentire una liquidazione anticipata e convenzionale del danno volta ad evitare l'instaurazione di un giudizio contenzioso, consentendosi inammissibilmente alla parte non inadempiente di “scommettere” puramente sul processo, senza rischi di sorta*”<sup>246</sup>.

Le affermazioni contenute nella pronuncia <sup>247</sup> confortano quell'opinione dottrinale che inquadra la caparra tra quelle forme di autotutela privata idonea a realizzare una triplice funzione: a) anticipo sul prezzo <sup>248</sup> ; b) sanzione privata finalizzata a disincentivare l'inadempimento<sup>249</sup>; c) strumento di liquidazione convenzionale del danno<sup>250</sup>.

Dalla caparra confirmatoria si distingue quella penitenziale.

In questa seconda ipotesi, il diritto di recesso non è una modalità di reazione all'inadempimento; il diritto di recesso è stato, invece, espressamente pattuito tra le parti per consentire loro di potersi sciogliere dall'accordo, a prescindere dall'inadempimento. In tal caso, la caparra costituisce il corrispettivo per l'esercizio del diritto di recesso.

La caparra confirmatoria si distingue anche dalla clausola penale. Secondo la dottrina maggioritaria questa avrebbe una funzione prevalentemente risarcitoria e rivestirebbe quel particolare ruolo di liquidare preventivamente il danno causato dall'eventuale futuro inadempimento, a prescindere dalla prova<sup>251</sup>.

---

<sup>246</sup> Cass., 14 gennaio 2009, n. 553, in *Foro it.*, 2009, I, c. 1264

<sup>247</sup> Cfr. anche Cass., 30 giugno 2014, n. 14776, in *Insexplorer*.

<sup>248</sup> W. D'AVANZO, *Caparra*, in *Noviss. Dig. it.*, II, Torino, 1968, p. 895; M. BELLANTE, *La caparra*, Milano, 2008, p. 13; M. DELLACASA, *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, *Rimedi-2*, vol. 5, Milano, 2006, p. 352.

<sup>249</sup> M. DELLACASA, *Trattato del contratto*, a cura di V. Roppo, *Rimedi-2*, vol. 5, Milano, 2006, p. 352.

<sup>250</sup> M. FRANZONI, *La caparra*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari – P. Rescigno, vol. 3.II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, p. 694.

<sup>251</sup> M. FRANZONI, *La clausola penale*, in *Il contratto in generale*, III, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari – P. Rescigno, Milano, 2009, p. 677. Non è mancato, tuttavia, chi ha sostenuto la natura sanzionatoria della clausola penale. Infatti, la norma prevede che la penale “è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”, così assolvendo al fine di evitare al creditore la prova del pregiudizio patito ed impedendo al debitore di sottrarsi al pagamento del *quantum* prefissato, anche nell'ipotesi in cui un danno conseguenza non si sia verificato (M. TRIMARCHI, *La clausola penale*, Milano, 1954, p. 11).

### 7.2.1. La caparra confirmatoria e l'Ordinanza della Corte costituzionale n.77 del 2014

Due ordinanze recenti della Corte costituzionale<sup>252</sup>, in piena sintonia con un orientamento consolidato della Corte di cassazione, potenziano il ruolo dei principi costituzionali nella disciplina del contratto.

L'occasione è fornita dalla disciplina della caparra confirmatoria di cui si eccepisce l'incostituzionalità nella parte in cui non dispone che il giudice possa equamente ridurre la somma dovuta «in ipotesi di manifesta sproporzione». Ciò perché la norma (1385 c.c.) non lascerebbe spazio al giudice per alcun intervento idoneo a ripristinare l'equità oggettiva e il complessivo equilibrio contrattuale<sup>253</sup>. Ad una tale eccezione la Corte risponde con due ordinanze di manifesta inammissibilità che sollecitano un'interpretazione costituzionale di grande incidenza e rilievo, ben oltre la questione della caparra. Basta leggere la motivazione.

L'inammissibilità è disposta perché non si tiene conto «dei possibili margini di intervento riconoscibili al giudice a fronte di una clausola negoziale che rifletta (come, nella specie) un regolamento degli opposti interessi non equo e gravemente sbilanciato in danno di una parte». In tali casi si reputa che il giudice possa intervenire d'ufficio dichiarando «la nullità (totale o parziale) ex articolo 1418 cod. civ., della clausola, per contrasto con il precetto dell'articolo 2 cost. (sui dei doveri inderogabili di solidarietà) che entra direttamente nel contratto, in combinato contesto con il canone della buona fede, cui attribuisce *vis normativa*»<sup>254</sup>.

L'autorevolezza di queste affermazioni induce ad analizzare, punto per punto, la motivazione. I precedenti citati richiamano un indirizzo consolidato.

**a)** La penale eccessiva. La prima sentenza ricordata<sup>255</sup> affronta il tema della rilevabilità d'ufficio della clausola penale, ma è l'occasione per ripensare il potere correttivo del giudice di fronte ad un atto o un comportamento dei privati non conforme all'ordine costituzionale vigente. Di più. La motivazione si propone espressamente di superare il

---

<sup>252</sup> Corte cost., 24 ottobre 2013, n. 248, in *Foro it.*, 2014, I, c. 382 e Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, in *Foro it.*, 2014, I, c. 2035

<sup>253</sup> Corte cost., 22 aprile 2014, n. 77, cit.

<sup>254</sup> Si ribadisce il potere della norma costituzionale di funzionalizzare «il rapporto obbligatorio alla tutela anche dell'interesse del *partner* negoziale nella misura in cui non collida con l'interesse proprio dell'obbligato» e si ricordano alcuni precedenti: Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1929; ma già Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giust. civ.*, 1994, I, p. 2159 e, in prosieguo, a sezioni unite, Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, in *Foro it.*, 2005, I, c. 2985 e Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, c. 85.

<sup>255</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

formalismo della precedente giurisprudenza, per rileggere gli istituti privatistici alla luce del carattere conformativo delle norme e dei principi costituzionali. Con un obiettivo preciso. Superare l'idea della centralità del volere dei privati per far emergere l'interesse primario dell'ordinamento al controllo dell'autonomia, tramite il ruolo del giudice, il quale deve tener conto di un bilanciamento di «valori» di pari rilevanza costituzionale che confluiscono nel regolamento negoziale. Si richiama l'art. 41 che riconosce la libertà dell'iniziativa economica privata e il concorrente dovere di solidarietà previsto dall'art. 2, che entra, si precisa, nella struttura del contratto, come limite interno di ogni situazione soggettiva e transita tramite la buona fede, nella valutazione dei comportamenti consentendo di dichiarare inesigibili certe pretese obbligatorie<sup>256</sup> e di conformare in base a tale bilanciamento l'essenza stessa del rapporto obbligatorio<sup>257</sup>. Tutto ciò è la premessa logica per giustificare l'intervento d'ufficio del giudice come espressione di un potere-dovere, volto non a proteggere uno dei contraenti, ma a realizzare «un interesse oggettivo dell'ordinamento», che si «specifica e si consolida nell'esigenza» di una «giustizia del caso concreto» che il «processo deve assicurare»<sup>258</sup>.

Tale orientamento non si è affermato certo con facilità. Molte pronunzie successive avevano ribadito la tesi tradizionale<sup>259</sup> e da qui la pronunzia delle sezioni unite che conferma l'indirizzo innovativo, in modo netto e analitico<sup>260</sup>, nel ribattere agli argomenti logico esegetici contrari e nell'affermare ambito e limiti del controllo giudiziale.

Si rileva che non sussiste alcun ostacolo nell'art. 112 c.p.c., perché la norma sulla clausola penale (1384 c.c.) non prevede una necessaria eccezione della parte, sicché la soluzione contraria può trarsi da una valutazione sistematica di altri casi analoghi (artt. 1526 e 1934 c.c.). Si ribadisce che l'intervento d'ufficio non è finalizzato alla protezione di una situazione soggettiva, ma di un interesse generale comune ad altri casi in cui l'intervento correttivo del giudice è previsto dalla legge (artt. 2058 e 1226 c.c.).

Insomma si muove dal potere di autonomia e dai suoi limiti che giustificano un intervento correttivo del giudice. Vi sono casi, si sostiene, in «cui la correzione della volontà delle parti» è prevista dalla

---

<sup>256</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, cit.

<sup>257</sup> Cass., 18 luglio 1989, n. 3362, in *Foro it.*, 1989, I, c. 2750; Cass., 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.*, 1991, I, c. 2077 (in tema di fideiussione *omnibus*); Cass., 8 luglio 1994, n. 6448, in *Foro it.*, 1995, I, c. 186.

<sup>258</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, cit.

<sup>259</sup> Cass., 4 aprile 2003, n. 5324, in *Ius Explorer*; Cass., 30 maggio 2003, n. 8813, in *Ius Explorer*; Cass., 19 aprile 2002, n. 5691, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 1075; Cass., 27 ottobre 2000, n. 14172, in *Foro it.*, 2001, I, c. 2924.

<sup>260</sup> Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.



legge che sostituisce la parte dell'atto non conforme. Ve ne sono altri in cui una inserzione automatica della disciplina legislativa non è possibile «perché non può essere determinata in anticipo la prestazione dovuta da una delle parti». 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 nel caso appunto di una penale “manifestamente” eccessiva»<sup>261</sup>.

Il potere correttivo così serve ad un fine preciso. Ricondurre l'accordo, «frutto della volontà liberamente manifestata dalle parti, nei limiti in cui esso appare meritevole di ricevere tutela dall'ordinamento». Il che è pienamente coerente con il potere di rilevare d'ufficio, appunto, la non conformità di una clausola alle fonti di un ordinamento integrato.

**b)** L'abuso di diritto. L'ultima sentenza citata completa il quadro<sup>262</sup> fissando il tema dell'abuso nel contesto della buona fede oggettiva. La quale, si ricorda, è concretizzata dal valore costituzionale di solidarietà sociale, opera nella fase di formazione ed esecuzione del contratto ed è per il giudice uno strumento di controllo modificativo od integrativo che consente di mantenere «il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione».

Da qui la prima conclusione. Deve essere rettificata la concezione rigidamente formalistica contenuta nella sentenza di merito impugnata. La quale nega il potere di controllo del giudice sull'atto di autonomia (nella specie sul recesso ad *nutum*), esclude che la buona fede crei obbligazioni autonome, esalta in un'economia di mercato, il ruolo dell'autonoma iniziativa dei privati non soggetta ad un giudizio di ragionevolezza. La presa di distanza rispetto a tutto ciò della Corte di cassazione è netta.

L'abuso è un criterio rilevatore della mala fede e manifesta una «utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obbiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore». Sicché la condotta abusiva si ha quando «nel collegamento tra il potere di autonomia [...] ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obbiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede». In tali casi l'ordinamento rifiuta tutela a diritti e interessi «esercitati con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva e impedisce che si conseguano e si conservino vantaggi derivanti da atti strumentalmente idonei, ma esercitati in modo da alterare la funzione e contrastare» con la correttezza.

Emerge così un principio che consente di esaminare gli atti e di valutare le condotte tutte le volte che siano superati i limiti interni ed esterni al

---

<sup>261</sup> Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n. 18128, cit.

<sup>262</sup> Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

diritto. Anche il metodo da seguire è chiaro. Nel caso di contrapposti interessi è essenziale «la proporzionalità dei mezzi usati» che esige «una procedimentalizzazione nell'esercizio del diritto».

### 7.3. Correzione giudiziale e principi costituzionali.

Dunque la Corte costituzionale<sup>263</sup> ha sollecitato il giudice alla correzione di una caparra eccessivamente gravosa tramite l'art. 2 della Costituzione che deve trovare una corretta attuazione nella disciplina del contratto. Lo strumento indicato è l'azione di nullità e la buona fede secondo una opinione già espressa dal relatore<sup>264</sup>.

Era facile immaginare reazioni di segno opposto e di tono diverso. E' opportuno richiamarne qualcuna.

La Corte di Cassazione anzitutto alcuni mesi dopo ha ribadito l'opinione tradizionale. Si osserva che la caparra confirmatoria differisce dalla clausola penale per la struttura (bilaterale e non unilaterale) e la funzione non solo coercitiva e risarcitoria ma di anticipazione del prezzo. Sicchè non è possibile applicare analogicamente l'art. 1384 (sulla riduzione della penale) la quale è, peraltro, norma che consente al giudice di modificare il contenuto del contratto e costituisce eccezione alla “regola generale..che impone il rispetto dell'autonomia contrattuale dei privati”<sup>265</sup>. Da qui il rifiuto di qualsiasi correzione della disciplina della caparra da parte del giudice.

Una parte della dottrina è altrettanto netta. Da un lato si sottolineano i lati oscuri della decisione in base a diverse argomentazioni.

Uno scrutinio di congruità e validità della caparra affidato al giudice in base a parametri indeterminati comporta sostituire ad una regola posta dalla legge una valutazione “meramente orientativa e tendenziale” in netto contrasto con “il principio dell'autonomia privata”. Con il rischio di profonda trasformazione del nostro ordine giuridico<sup>266</sup>. Non solo. La sentenza esalterebbe il “paternalismo benevolente” del giudice dotato così di un super potere sin qui ignoto” e di “un'inedita forma di nullità rimediale”, frutto di “ un interpretazione conforme che aspira alla giustizia del caso concreto e affida al giudice il compito di

---

<sup>263</sup> Corte cost., 24 ottobre 2013, n.248, in Foro it., 2014, I, c. 382e Corte Cost., 22 aprile 2014, n.77. ivi, 2014, I, 2035.

<sup>264</sup> M.R. Morelli, Materiali per una riflessione sulla applicazione diretta delle norme costituzionali da parte dei giudici, in Giust.civ., 1999, II, 3 ss.

<sup>265</sup> Cass. 30 giugno 2014, n. 14776 in Foro it. 2015, I, 1044 con nota di F. Macario, La (ir)riducibilità della caparra (eccessiva) e il (mancato) dialogo tra le Corti.

<sup>266</sup> G.D'Amico, Applicazione diretta dei principi costituzionali e nullità della caparra confirmatoria “eccessiva”, in I Contratti, 10, 2014, p.926 ss in part.934-935.

realizzarla saltando, se necessario, i vincoli da impianto generale e astratto”<sup>267</sup>.

Dall’altro si individuano le soluzioni alternative a quelle indicate dalla Corte costituzionale. Si sottolinea la possibilità di un’interpretazione analogica dell’art. 1384<sup>268</sup>. Si invita l’interprete a una corretta e attenta qualificazione della clausola contrattuale, preliminare ad una rigorosa decisione <sup>269</sup>. Si avvertono i rischi della decisione ma anche la “necessità del formarsi di una “ più ampia, condivisa e convinta consapevolezza del ruolo del giudice oggi” che la Corte vuole stimolare<sup>270</sup>.

Si richiede attenzione, insomma, ad una “indipendenza dell’interpretazione costituzionale” che va potenziata senza ritirarsi esclusivamente “nel mondo delle costruzioni giuridiche di settore” spesso destinate a “girare a vuoto in assenza di attrito”<sup>271</sup> con un’interpretazione costituzionale distinta dalla norma di settore ma che trova in essa un limite, un attrito appunto, che il testo può opporre.

Se al di là delle diverse opinioni si esaminano i modi di attuazione di questa sinergia fra regole e principi in tema di caparra confirmatoria si può osservare quanto segue.

Non convince l’idea, sottesa nell’ordinanza della Corte costituzionale, che la regola di buona fede, come norma imperativa potenziata dall’art. 2 della Carta fondamentale, determini la nullità della clausola ai sensi dell’art.1418 1 comma c.c.. Ciò per almeno due motivi.

La norma prevede la nullità “salvo che la legge non disponga diversamente” e la disciplina di settore (1338 c.c) in sintonia con l’ordine giuridico contrattuale sono univoci nel prevedere un risarcimento e non l’invalidità per la violazione di una clausola generale che dispone obblighi di comportamento fra le parti. La distinzione fra regole di validità e di comportamento, insomma, ribadita da una importante sentenza<sup>272</sup> ha i tratti e il rigore di un

---

<sup>267</sup> R.Pardolesi, Un nuovo super-potere giudiziario: la buona fede adeguatrice e demolitoria, in Foro it.,2014,I,2042 ss. e N.Sapone, Buona fede e onnipotenza dell’interprete, in Persona e danno, 2014, per il quale La buona fede costituzionalizzata in funzione di controllo dell’adeguatezza del rapporto di scambio assumerebbe il ruolo di super-principio capace di oscurare il ruolo dei rimedi tradizionali (vizi del consenso e rescissione) e di vanificare il ruolo della autonomia privata

<sup>268</sup> F.P.Patti, Il controllo giudiziale della caparra confirmatoria, in Riv.dir.civ.,2014, p. 685 ss.; F.Astone, Riduzione della caparra manifestamente eccessiva, tra riqualificazione in termini di “penale” e nullità per violazione del dovere generale di solidarietà e di buona fede, in Giur.cost., 2013,3770 ss.

<sup>269</sup> S.Pagliantini, L’equilibrio soggettivo dello scambio (e l’integrazione) tra Corte di Giustizia e Corte Costituzionale: “il mondo di ieri” o un trompe l’oeil concettuale?, in Persona e Mercato, 2014,

<sup>270</sup> così F.Macario, op. cit.

<sup>271</sup> E.Scoditti, Il diritto ei contratti fra costruzione giuridica e interpretazione adeguatrice, in Foro it.,2014,I,2039 ss.

<sup>272</sup> Cass. n. 26724 del 2007.

principio di “diritto vivente” da cui non pare opportuno discostarsi.( v. infra in tema di conseguenze per la violazione della buona fede)

Diverso è il problema della possibile inefficacia di una clausola per effetto della inesigibilità di un contegno in mala fede. In tal caso “la clausola negoziale è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*, per la violazione dell’art.1375, ciò perché “avuto riguardo alle circostanze del caso concreto è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola”<sup>273</sup>. La prestazione è dunque inesigibile. Più delicata è la possibile correzione o integrazione da parte del giudice (v. ancora infra).

---

<sup>273</sup> Così E. SCODITTI, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 131; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, *ivi*, 2003, p. 214. V. anche Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, nota di C.M. BARONE.

## 8. Negozio indiretto e negozio fiduciario

Negozio  
indiretto

I contraenti in certi casi hanno interesse a porre in essere un negozio o un intreccio di più negozi per conseguire un risultato analogo, ma per loro più conveniente, rispetto a quello che essi conseguirebbero con la conclusione dei negozi tipici. Le dichiarazioni delle parti tendono quindi ad un risultato indiretto in quanto diverso da quello riferibile alla causa dei singoli contratti utilizzati.

Un esempio classico fa riferimento ad un fenomeno ricorrente nella pratica. Per evitare un doppio passaggio di proprietà, con il conseguente carico finale, il proprietario che intende dare in permuta al concessionario il proprio veicolo usato ricorre, spesso, ad una combinazione di più negozi che realizzano un risultato analogo. Un mandato ad alienare, rivolto al titolare della concessionaria, con procura irrevocabile.

Ma gli esempi possono essere molteplici. Spesso il ricorso al negozio indiretto è utilizzato per eludere una norma tributaria, per costituire una società (c.d. di comodo) al solo scopo di limitare la responsabilità dell'imprenditore, o, ancora, per garantire mediante una compravendita l'adempimento di un debito (v. allora il problema di validità di questi accordi per il possibile contrasto con l'art. 2744 c.c.).

Si tratta, come ben si vede, di ipotesi molto diverse fra loro e taluno esclude che si possa parlare di una categoria giuridica caratterizzata da una disciplina unitaria. Il problema, del resto, è solo quello della rilevanza dell'intento delle parti perseguito in concreto e il sistema offre diversi indici di valutazione al riguardo. Si pensi alle norme che trattano del negozio illecito poc'anzi ricordate (v. artt. 1344, 1345, 1418 c.c.) o ad altre disposizioni ove si assume il rilievo di uno scopo delle parti diverso da quello "naturale" (artt. 2620, 1526, comma 3 c.c.) È chiara comunque la diversità di questa ipotesi rispetto alla simulazione. Nel negozio indiretto gli effetti sono voluti dalle parti che intendono, appunto, realizzare un risultato analogo ed ulteriore rispetto a quello dei singoli contratti o negozi utilizzati.

Negozio  
fiduciario

Diverso dalla simulazione è anche il negozio fiduciario.

In tal caso un contraente (fiduciante) trasferisce all'altro (fiduciario) un diritto con un'attribuzione piena nei confronti dei terzi, ma delimitata nel suo contenuto interno da un *pactum fiduciae* ove si prevede un obbligo del fiduciario di tenere un certo comportamento. Non esiste, quindi, la divergenza fra realtà ed apparenza che caratterizza la

simulazione: gli effetti del negozio traslativo e del *pactum* sono voluti dalle parti<sup>274</sup>.

Sin dal diritto romano si suole distinguere due figure, la fiducia *cum creditore* e *cum amico*, per riassumere le ipotesi in cui le parti hanno interesse a ricorrere a tale istituto.

È evidente la funzione di garanzia cui è destinato il primo schema; il debitore trasferisce un suo bene al creditore con l'intesa (fiduciaria) che questi lo restituirà al momento in cui si verifichi l'adempimento.

Più articolata è la serie di casi riconducibili alla seconda figura, nella consapevolezza – espressa altresì in giurisprudenza – che la fiducia può investire ogni tipologia di situazione giuridica<sup>275</sup>. La storia ci tramanda l'esempio di chi, per il timore di rappresaglie o altro, trasferisce ad un amico dei beni con l'intesa che, passato il pericolo, questi restituirà quanto ha ricevuto. Ma la odierna vita economica pone in luce esempi di ben altra attualità. Sono frequenti intestazioni fiduciarie di pacchetti azionari, di quote sociali o di altri titoli o valori mobiliari a società, disciplinate per legge, le quali assumono l'obbligo di gestire tali beni e di restituirli in un tempo prefissato.

Il fiduciante realizza in tal modo due risultati: affida a persone competenti la gestione del suo patrimonio e mantiene segreta l'appartenenza delle cose trasferite fiduciarmente.

Gli elementi caratteristici del negozio fiduciario sono dunque i seguenti:

- a) il trasferimento fiduciario di un diritto pieno e illimitato nei confronti dei terzi;
- b) l'esistenza di un patto fiduciario, che ha effetto solo fra le parti contraenti e non nei confronti dei terzi, con il quale si limita il potere del fiduciario, obbligato a tenere un certo contegno;
- c) la c.d. potestà d'abuso del fiduciario. Il *pactum* fiduciario non è opponibile ai terzi sicché è possibile che il fiduciario usi del proprio potere in modo diverso da quanto le parti abbiano pattuito. Ad esempio, nonostante l'obbligo di restituzione, il fiduciario può vendere il bene che è stato a lui trasferito. In tal caso il terzo acquista validamente.

---

<sup>274</sup> In tema, oltre agli Autori citati alle successive note, v. U. CARNEVALI, voce *Negoziio giuridico. III) Negoziio fiduciario*, in *Enc. giur.*, XX, 1990, p. 1; P. TRIMARCHI, voce *Negoziio fiduciario*, in *Enc. dir.*, XXVIII, 1978, p. 47 ss.; N. LIPARI, *Il negoziio fiduciario*, Milano, 1964; L. CARIOTA FERRARA, *I negozii fiduciari*, Padova, 1933, p. 2 ss. Da ultimo, A. GENTILI, *La fiducia*, in *Manuale di diritto privato europeo*, (cur.) C. Castronovo, S. Mazzamuto, Milano, 2007, p. 607 ss. Caratteristica quasi unanimemente riconosciuta della fiducia è la potestà di abuso del fiduciario, conseguenza della maggior ampiezza del “potere” (*Rechtsmacht*) rispetto al “dovere” (*Rechtspflicht*).

<sup>275</sup> Cass., 5 febbraio 2000, n. 1289, in *Giur. it.*, 2000, p. 2258, n. A. FORCHINO.

Il fiduciante potrà, a sua volta, agire contro il fiduciario per il risarcimento dei danni da lui cagionati per la violazione del *pactum fiduciae* e, qualora sia possibile e ricorrano i presupposti di applicabilità dell'art. 2932 c. c., potrà anche ottenere una sentenza che costituisca il titolo per ritrasferire il bene consegnato al fiduciario. Occorrerà comunque, in tal caso, che il terzo non abbia già conseguito il bene e adempiuto le formalità di legge<sup>276</sup>.

Da un punto di vista ricostruttivo, le teorie che si sono contese il campo sono sostanzialmente due: da un lato, chi ravvisa nell'istituto *de quo* un negozio unitario sorretto da un'autonoma causa, nel cui ambito il *pactum fiduciae* non assume autonomia strutturale, ma partecipa della funzione dell'operazione<sup>277</sup>; dall'altro, vi è chi individua due negozi (uno ad effetti reali e uno ad effetti obbligatori) collegati<sup>278</sup>. La giurisprudenza, pur avendo mostrato di accogliere entrambe le ricostruzioni, aderisce all'orientamento del collegamento negoziale<sup>279</sup>, con importanti ricadute pratiche, non foss'altro per l'incidenza sul profilo probatorio e, segnatamente, sulla prova del *pactum fiduciae* con riferimento all'applicazione dell'art. 2722 c.c.<sup>280</sup>.

---

<sup>276</sup> Cass., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481 ai sensi della quale “il negozio fiduciario è costituito da un’obbligazione che limita o modifica l’efficacia di un contratto reale e, in caso di inadempimento, può legittimare l’azione di esecuzione specifica della prestazione, ovvero, se trattasi, come nella specie, di società, l’azione di responsabilità nei confronti degli amministratori”. V. altresì, Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1041, nota di V. MARICONDA.

<sup>277</sup> Si tratta della nota ed autorevole riflessione di C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1936, I, pp. 351 e 356; ed altresì A. DE MARTINI, *Il concetto di negozio giuridico e la vendita a scopo di garanzia*, in *Giur. it.*, 1946, I, 2, p. 326: ID., *Negozio fiduciario, negozio indiretto e negozio simulato*, in *Giur. Cass. civ.*, 1946, XXII, I, p. 707; da ultimo, U. CARNEVALI, *Intestazione fiduciaria*, in *Dizionario di diritto privato*, (cur.) N. Irti, I, *Dir. civ.*, Milano, 1980, p. 458.

Una diversa impostazione (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 180) qualifica l'intento fiduciario come elemento che integra i motivi del negozio e non la causa.

<sup>278</sup> N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, cit., p. 304; in giurisprudenza Cass., 29 novembre 1983, n. 7152, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Società*, n. 388.

<sup>279</sup> Da ultimo, Cass., 6 maggio 2005, n. 9402, *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Società* [6270], n. 1076; Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1041.

<sup>280</sup> Al riguardo, v. Cass., 21 novembre 1988, n. 6263, in *Foro it.*, 1991, I, p. 2495, nota di G. VETTORI, *La prova del pactum fiduciae*, la cui massima stabilisce che “alla prova del *pactum fiduciae* nel cosiddetto negozio fiduciario (inteso come accordo tra due soggetti, fiduciante e fiduciario, con il quale il primo dichiara al secondo, che accetta, di volergli trasferire una situazione giuridica soggettiva reale o personale, per il conseguimento di uno scopo pratico ulteriore rispetto a quello immediatamente risultante dal negozio) non ostano le preclusioni di cui agli artt. 2721 segg. c.c.”.

“Il negozio fiduciario di natura traslativa si articola in due distinti ma collegati negozi, dei quali, il primo, avente carattere esterno, realmente voluto dalle parti ed efficace verso i terzi; l'altro, interno ed a contenuto obbligatorio, volto a modificare il risultato finale del negozio esterno, per cui il fiduciario è tenuto a ritrasferire al fiduciante o ad un terzo il bene o il diritto acquistato col negozio reale” (Cass., 1 aprile 2003, n. 4886, in *Corr. giur.*, 2003, p. 1041).

Quanto alla disciplina della prova: “In tema di negozio fiduciario, la prova per testimoni del pactum fiduciae è sottratta alle preclusioni stabilite dagli art. 2721 e ss. c.c. soltanto nel caso in cui detto patto sia volto a creare obblighi connessi e collaterali rispetto al regolamento contrattuale, al fine di realizzare uno scopo ulteriore rispetto a quello naturalmente inerente al tipo di contratto stipulato, ma senza direttamente contraddire il contenuto espresso di tale regolamento; qualora, invece, il patto si ponga in antitesi con quanto risulta altrimenti dal contratto, la mera qualificazione dello stesso come fiduciario non è sufficiente ad impedire l'applicabilità delle disposizioni che vietano la prova testimoniale dei patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento” (Cass., 1 agosto 2007, n. 16992, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 9).

In tema di forma: “Il pactum fiduciae col quale il fiduciario si obbliga a modificare la situazione giuridica a lui facente capo a favore del fiduciante o, di altro soggetto da quest'ultimo designato, richiede, allorché riguardi beni immobili, la forma scritta ad substantiam, atteso che esso è sostanzialmente equiparabile al contratto preliminare per il quale l'art. 1351 c.c. prescrive la forma del contratto definitivo; a tal uopo, non può considerarsi contenente un principio di prova scritta il documento attestante una circostanza che non ha nulla che fare con l'assunzione di quell'obbligo, come il pagamento materiale del prezzo d'acquisto da parte del fiduciante” (Cass., 9 luglio 2000, n. 9489, in *Dir. fallim.*, 2000, II, p. 1099, nota di G. Ragusa Maggiore).



## 9. Il ruolo del contratto nell'assetto dei beni. Obbligazioni e vincoli di destinazione

L'analisi del potere che l'ordinamento riconosce ai privati nell'ordinare l'assetto dei beni è significativo di un'incertezza di sistemazione che ha radici nella storia del pensiero giuridico ma che è ben lontano dall'essere risolto in modo appagante.

Di recente il fenomeno della multiproprietà e del *trust* e, da sempre, quello, antico, della comunione, del condominio, dei rapporti di vicinato, pongono in luce un ruolo importante del contratto nel dettare regole alla coesistenza di diversi interessi e poteri relativi alla utilizzazione di un bene<sup>281</sup>.

La tematica dei diritti reali pone in luce la disciplina di figure soggettive destinate ad una stabilità per il loro rilievo economico e sociale nell'ordinamento e si comprende come la stessa conformazione degli elementi attivi e passivi che compongono quei diritti induce ad individuare in essa il prototipo e il limite delle situazioni opponibili.

Purtuttavia, quando si tratta di qualificare una serie di vincoli oggetto di convenzione in ordine all'assetto dei beni, per i quali i privati avvertono la necessità di un rilievo esteso oltre le parti originarie dell'accordo, la precisazione della loro opponibilità è incerta affatto<sup>282</sup>.

Essa si riconosce solo allorché quelle pattuizioni possono qualificarsi come servitù ed implicita in tale tesi è la presenza di un effetto a carico dei terzi quando sia la legge a stabilirlo o un rapporto personale di mera obbligazione in ogni altro caso; ma non può sfuggire che tale argomento, oltre all'impiego di un assioma da dimostrare anziché da impiegare come premessa, appare viziato da illogicità quando nel riconoscere le obbligazioni *propter rem* come vere obbligazioni ne statuisce poi la tipicità.

Si suppone in tal modo che l'opponibilità di una situazione soggettiva si ha solo in presenza di un rapporto reale e trovandosi poi di fronte ad una serie di obblighi che non si riesce a giustificare nella classica struttura del diritto reale si dubita del loro effetto *erga omnes*

---

<sup>281</sup> V. di recente le osservazioni di F. GALGANO, *Il contratto nella società post-industriale*, in *La civilistica Italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 339 ss.

<sup>282</sup> V. da ultimo sul tema A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2003, p. 143 ss.; M. COMPORI, *Diritti reali in generale*, cit., pp. 70, 96 ss.; A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, Padova, 1988, p. 153 ss.; ma è sempre attuale la monografia di F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1964, p. 62 ss.

condizionando, comunque, tale conseguenza ad una tipicità che non si concilia con la loro struttura obbligatoria e non reale<sup>283</sup>.

A ben vedere il discorso acquista in chiarezza solo se si eviti di spiegare l'opponibilità del contratto con riferimento alla situazione da essa nascente. In tal modo si deve far ricorso a figure ibride a metà fra obbligo e diritto reale con un procedere che non può appagare un'interpretazione rigorosa.

Il vero è che anche in questo caso l'analisi va incentrata sul fatto costitutivo e non sul rapporto perché è solo facendo riferimento al rilievo del titolo e non alle situazioni soggettive da esso create che si può giudicare del valore che la pattuizione può assumere per i terzi.

Come già rilevato, per decidere sulla opponibilità o meno del contratto non è possibile riprodurre l'antica dommatica del diritto reale fondato sulla natura di un obbligo inerente alla *res* che, ritenuto incompatibile con quella rilevanza, si fa oscillare dal diritto reale al diritto di credito, secondo formule descrittive solo di un'incertezza di sistemazione.

Nè può essere risolutiva un'analisi che, affermata la natura obbligatoria di quelle figure, faccia dipendere la loro opponibilità dalla trascrizione, giacché in tal modo si instaura un parallelo strettissimo fra conoscibilità ed opponibilità del fatto che non trova riscontro anche ad una prima osservazione del sistema<sup>284</sup>.

Il discorso torna dunque ad incentrarsi sul rilievo e la pubblicità del contratto che crea vincoli tendenzialmente destinati ad essere opponibili ai terzi.

Non è dubbio che è in atto nel sistema una tendenza espansiva dello strumento pubblicitario ad opera del legislatore e dell'interprete, ma tale tendenza può essere appieno compresa se si riflette sul fondamento di tale istituto e sul regime di opponibilità degli atti che poc'anzi si è descritto<sup>285</sup>.

Il ragionamento dell'interprete ha seguito per lo più il seguente schema: sono trascrivibili gli atti con efficacia reale ed eccezionalmente quegli atti con efficacia obbligatoria che la legge consente di rendere pubblici. Una volta che il legislatore e l'interprete hanno riconosciuto

---

<sup>283</sup> Per una critica di tale impostazione F. ROMANO, *op. cit.*, p. 79 ss.; diversamente G. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, Torino, 1950, p. 122 ss.

<sup>284</sup> Su tale vicenda concettuale v. L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, continuato da L. Mengoni, Milano, 1984, p. 60 ss., ed *ivi* la dottrina e giurisprudenza citate; v. già Cass., 21 marzo 1927, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, p. 221, con nota di E. ALBERTARIO, *Servitù ed obbligazione*; e in *Foro it.*, 1928, I, c. 40, con nota di L. BARASSI, *La clausola che impone all'acquirente di esigere solo un determinato tipo di edifici*.

<sup>285</sup> G. GABRIELLI, *Questioni recenti in tema di pubblicità immobiliare*, in *Contratto e impresa*, 1989, p. 807 ss.; G. VETTORI, voce *Opponibilità*, cit.

la possibilità di trascrivere una sempre più ampia serie di atti da cui non scaturiscono nè diritti reali nè situazioni con efficacia reale, il rapporto regola-eccezione non è stato più in grado di offrire un coerente criterio di precisazione<sup>286</sup>.

Sicché si deve concludere che anche in questo settore l'osservazione degli effetti dell'atto o delle situazioni da esso derivanti è fuorviante, e si deve incentrare l'analisi sul fatto costitutivo e sul modo in cui l'ordinamento assicura la sua prevalenza su altri incompatibili<sup>287</sup>.

È noto, del resto, come la classica partizione dei diritti patrimoniali non sia più assolutamente espressiva di una diversa modalità di tutela e di rilevanza esterna delle situazioni di vantaggio<sup>288</sup>. La crisi si manifesta

---

<sup>286</sup> V. G. GABRIELLI, *op. loc. cit.*

<sup>287</sup> V. G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 141 ss.

<sup>288</sup> L'antitesi reale-obbligatorio appare, spesso nella storia, insufficiente per disciplinare la richiesta di tutela dei privati e lo stesso codice del '42 mostra molte ambiguità nel delineare una tutela specifica e una risarcitoria, come specchio di una diversa intensità di protezione delle situazioni sostanziali. Quanto al primo aspetto basta solo un cenno esemplificativo alla vicenda medievale dello *ius ad rem* e alla tendenza giustiniana a munire di *vindicatio utilis* i diritti derivanti da certi rapporti obbligatori, che apparivano meritevoli di una tutela più forte di quella fornita dalla normale *actio in personam*, per testimoniare la difficoltà di un riferimento esclusivo alla realtà, in presenza di una richiesta di protezione avanzata dai privati. Sul punto v. M. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, pp. 755 ss. e 776, ma v. in particolare per un'approfondita analisi storica sulle modalità di costruzione del diritto reale, P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Milano, 1968, p. 61; ID., *Locatio ad longum tempus*, Napoli, 1969, p. 18 ss.; ID., *Un nuovo modo di possedere*, Milano, 1977, in partic. p. 385 ss.; e ora ID., *Il dominio e le cose*, Milano, 1992. Spunti utili, ai fini del nostro discorso, si trovano altresì, in A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, Milano, 1979, p. 575 ss.; M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti personali di godimento*, Milano, 1940, p. 162 ss.; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, II, Parigi, 1946, p. 822. D'altra parte non può non assumere un qualche significato, che spinge ancora alla riflessione, la scarsa chiarezza del nostro codice sulla tutela dei rapporti obbligatori. Accanto a disposizioni quali l'art. 1218 che sembra escludere qualsiasi tutela specifica per i rapporti nascenti da contratto e l'art. 2908 che dispone la tassatività delle sentenze costitutive, esistono norme che legittimano estensioni della tutela c.d. reale, e di più, ampi settori normativi ove si accorda esplicitamente la tutela specifica a situazioni soggettive che prima ne erano prive. Si pensi all'art. 1453 che sembra consentire l'azione di adempimento specifico, agli artt. 2930, 2932, 2933 che non distinguono fra situazioni reali e obbligatorie per la loro applicazione, ed ancora all'esecuzione forzata in forma specifica, alla tutela della concorrenza (art. 2599 c.c.), dei diritti della personalità (artt. 7, 8, 10 c.c.), del rapporto di lavoro, della libertà sindacale e del diritto di sciopero (artt. 18 e 28, l. n. 300/1970); si guardi più a fondo in altri istituti come la revoca della proposta ferma ove la soddisfazione dell'interesse del titolare della situazione di vantaggio è realizzata in modo pieno a prescindere dalla sua natura. Se si tien conto di tali dati, più di un argomento conforta oggi un'interpretazione che affermi l'atipicità della tutela specifica e una sua più ampia applicabilità ai rapporti obbligatori. Una ricognizione attenta di tale tematica si deve oggi agli studi di A. PROTO PISANI, *Appunti preliminari sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. giur.*, 1978, p. 1 ss.; ID., *Appunti sulla tutela di condanna*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1978, p. 1104, ora in ID., *Appunti sulla giustizia civile*,

in maniera accentuata quando la classificazione si imposta con riguardo alla struttura dei diritti ed è nota la profonda revisione che un' autorevole dottrina ha proposto. L'assolutezza e l'immediatezza non sono in grado di distinguere, con rigore, un diritto reale da un diritto di credito ed è invece l'inerenza o meno di tali situazioni rispetto alla cosa la ragione della diversità fra di esse, anche se la modalità con cui tale conseguenza dovrebbe realizzarsi è dubbia affatto<sup>289</sup>. La trascrizione è strumento che potrebbe ottenere quel risultato, ma consentire ai privati un suo utilizzo ampio, fuori dei limiti tracciati dalla legge significherebbe attribuire agli stessi una competenza in ordine all'assetto dei beni che l'ordinamento ha sempre riservato a se stesso<sup>290</sup>.

Se si trascura per un momento tale ultimo aspetto, che sarà centrale nel discorso successivo, quella dottrina mostra a distanza di un lustro la sua modernità. La distinzione fra diritti reali e di credito, tratta dalla sola contrapposizione strutturale, è del tutto insufficiente non solo sul piano logico ma anche sul piano funzionale. «Essa rispecchia nel fondo una situazione socio economica in cui la figura dei diritti dominicali su cose ... era da ritenere prevalente giacché su di essa si modellava l'intero sistema di distribuzione della ricchezza»<sup>291</sup>. Caduta tale centralità «molti degli attributi che un tempo erano prerogativa di tali diritti si sono estesi anche ad altre situazioni» che l'ordinamento ha dotato di una tutela forte e di una resistenza nei confronti dei terzi.

Questa evoluzione non incide sulla natura delle situazioni soggettive. Può anche darsi che sia dato riscontrare nuovi diritti reali allorché il legislatore attribuisca ad una figura soggettiva tutti i caratteri che sono propri di tali diritti. Più spesso la situazione conserva la sua struttura obbligatoria caratterizzata da connotati di realtà «sotto il profilo dell'opponibilità ai terzi e delle forme di tutela»<sup>292</sup>.

La *ratio* di un tale procedere è «da ricercare nell'esigenza di dare all'interesse dell'avente diritto, in ragione della sua natura e consistenza, una rilevanza che va al di là del rapporto (di scambio) con

---

Bari, 1992; ID., *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in *Foro it.*, 1983, V, c. 127. V. altresì A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, p. 95 ss.; M. GIORGIANNI, *Tutela del creditore e tutela reale*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, p. 860 ss.; e per alcune notazioni, P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni*, in *Enc. dir.*, Milano, 1979, XXIX, pp. 184, 210.

<sup>289</sup> M. GIORGIANNI, *Contributo alla teoria dei diritti personali di godimento*, cit., p. 162 ss.; ID., voce *Diritti reali*, in *Noviss. Dig. it.*, Torino, 1968, V, p. 748 ss.

<sup>290</sup> V. A. BELFIORE, *Interpretazione e dottrina nella teoria dei diritti reali*, cit., p. 573 ss.; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria dei diritti reali*, cit., p. 68.

<sup>291</sup> Così A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, cit., p. 143 ss.

<sup>292</sup> ID., *op. ult. cit.*, p. 143 ss.

il creditore»<sup>293</sup> e tale problematica non interferisce affatto con il numero limitato di «situazioni reali» che ha una sua giustificazione nel sistema<sup>294</sup>.

---

<sup>293</sup> ID., *La tutela civile dei diritti*, cit., p. 95 ss.

<sup>294</sup> È noto che alcuno, autorevolmente, svaluta quel principio sino a considerarlo «poco più che un pregiudizio» (R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XII, p. 908) ed altri di recente nega che esso sia ancora oggi vincolante, ma la diversa opinione di chi assegna alla tipicità un preciso significato nel novero dei limiti all'autonomia dei privati è tuttora prevalente ed ha a ben vedere solide basi normative.

Le critiche recenti al principio poggiano su argomentazioni diverse: taluno osserva che i problemi che «i giuristi raggruppano sotto l'etichetta del numero chiuso dei diritti reali sono problemi di ordine pubblico (o problemi di concretizzazione della clausola generale di ordine pubblico)» (v. U. MORELLO, *Multiproprietà e autonomia privata*, Milano, 1984, p. 39). Sicché l'applicazione di questa clausola non può che avvenire in modo «flessibile e storicamente condizionato» (v. U. MORELLO, *op. ult. cit.*); in concreto si dovrebbe escludere l'operatività del principio tutte le volte che attraverso una forma di proprietà o un diritto reale atipico «si realizzi una migliore organizzazione di un'iniziativa privata», mentre la regola non dovrebbe ammettere eccezioni se «non esistono apprezzabili interessi privati» (ID., *op. ult. cit.*).

In tal modo si precisa l'abbandono di una riserva di conformazione delle situazioni reali da parte dell'ordinamento e la conseguente limitazione legale dei tipi reali, e si auspica un limite non più strutturale ma valutativo. È l'interprete e non la norma a fissare l'ambito entro cui può liberamente esplicarsi l'autonomia privata, ed è la funzione dell'atto e la meritevolezza dell'interesse a giustificare il riconoscimento di un diritto reale atipico. Una tale ricostruzione non appare, a molti, giustificabile né a livello normativo né sul piano di una «giurisprudenza degli interessi» attenta al momento teleologico nella soluzione dei conflitti. La previsione nel codice di singole figure tipiche e non di una «fonte generale» sui diritti reali ha, si osserva, un suo preciso significato in ossequio ad una tradizione che «finisce col passare attraverso il filtro della opportunità sociale odierna» (L. BARASSI, *Diritti reali e possesso*, I, Milano, 1952, p. 27).

L'ordinamento, si continua, non può che guardare con sfavore la coesistenza di più diritti reali su una stessa cosa (G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1965, p. 965); tale situazione ostacola la migliore utilizzazione dei beni e limita grandemente la facoltà e le possibilità di iniziativa dei singoli titolari, incidendo sulla stessa circolazione dei diritti. Non si tratta di eliminare il fenomeno, che può avere in certi casi risvolti utili e vantaggiosi per lo stesso interesse generale, ma di prevedere dei limiti e di circoscrivere il fenomeno «a quei soli casi in cui esso sia sicuramente vantaggioso per la società» (ID., *op. cit.*, p. 971). Il punto di equilibrio viene trovato nel nostro sistema «limitando il riconoscimento dei diritti reali a quelle sole ipotesi tipiche la cui utilità sociale risulta collaudata dall'esperienza storica». In tal modo, come si è dimostrato, si finisce per proteggere il contraente più debole in un sistema di contrattazione dominato dalla unilaterale predisposizione del contenuto contrattuale che si impone ad una generalità di aderenti senza reale potere di negoziazione» (M. COMPORZI, *Diritti reali in genere*, cit., p. 211).

Si aggiunge a tali considerazioni una ulteriore osservazione.

La conformazione delle situazioni soggettive in ordine ad una cosa è sempre stata il «terreno più sensibile alla variazione di interessi collettivamente rilevanti» (F. ROMANO, *Diritto e obbligo*, cit., p. 83). «Finché esiste una forma di potere sufficientemente organizzata» è possibile comprendere il perché ad essa sia riservata «la determinazione del contenuto delle posizioni soggettive sulla res». «È su quella fonte centrale che operano la loro pressione i poteri politici, economici, ... ed è quella la fonte che traduce

A differenza del rapporto obbligatorio la conformazione di una situazione reale tende alla stabilità, «coinvolge cioè duratamente gli interessi che ne stanno alla base» e si avverte la necessità di un ordine che è dettato non dai mutevoli interessi delle parti ma da una sintesi di valore che il sistema riserva a se stesso.

È questo il significato dell'art. 832 c.c.: i poteri dei soggetti si esercitano sulle cose «escluso i limiti e con l'osservanza degli obblighi stabiliti dall'ordinamento» il quale, appunto, delimita le figure come esigenza di ordine in un settore ove la determinazione dei privati tende non a creare situazioni strumentali, ma finali rispetto alla *res*.

La riserva statale di conformazione è ribadita dalla Carta Costituzionale che attribuisce alla legge «la determinazione dei modi di acquisto, di godimento ed i limiti» (v. art. 42) della proprietà<sup>295</sup>. Non la forza di legge del contratto o la sua relatività (1372) giustifica il numero chiuso<sup>296</sup>, ma questo generale interesse ad un ordinato assetto e circolazione dei beni che tuttora implica una riserva di legge nella conformazione oggettiva della proprietà e degli altri diritti reali.

Occorre naturalmente intendersi sul significato di tale principio: la dottrina più attenta ha da tempo tracciato i confini logici ed operativi fra *numerus clausus* e tipicità dei diritti. Il «profilo della esclusività della fonte» sta su di un piano diverso da quello della «determinazione del contenuto» del diritto e rispetto al quale i privati conservano un'autonomia da precisare riflettendo sul collegamento fra contratto e diritto reale in tale settore di ordinamento.

Il deperimento di molte delle ragioni sociali ed economiche che hanno indotto a formalizzare il principio non può di per sé attribuire all'interprete il potere di «assumere nelle fattispecie legali anche quelle ipotesi che non vi corrispondono perché carenti di alcuni elementi essenziali»<sup>297</sup>, ed al privato di costituire liberamente diritti reali atipici.

---

in termini di costruzione giuridica l'istanza espressa attraverso quei canali di comunicazione delle molteplici manifestazioni dell'individualità» (ID., *op. cit.*, p. 68).

<sup>295</sup> F. ROMANO, *op. cit.*, p. 72 e di recente l'opinione critica, ma non condivisibile, di M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, Milano, 1981, p. 141 ss. V. al riguardo quanto si osserva nel successivo paragrafo.

<sup>296</sup> Quella norma precisa il significato della regola impegnativa fra le parti ma non esclude la potenziale produzione di effetti del contratto nei confronti dei terzi. V. sul punto G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 204 ss.; ID., *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1991, p. 51; F. ROMANO, *op. cit.*, p. 123 ss.; G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, cit., p. 130 ss.

<sup>297</sup> F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., p. 62; F. SANTORO PASSARELLI, *I diritti di uso limitato*, in *Saggi di Diritto civile*, Napoli, 1961, II, p. 915; S. SANGIORGI, *Regolamento contrattuale e diritti reali*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, Palermo, 1974, XXXV, p. 5 ss.

La normativa vigente offre altri strumenti che potrebbero «anche in modo più adeguato realizzare quei medesimi scopi per i quali viene proclamato e giustificato il dogma del numero chiuso»<sup>298</sup>. Ma tale tendenza non autorizza né ad escludere la riserva di una conformazione oggettiva delle situazioni reali, né ad ampliare indefinitamente il loro numero per effetto di una scelta autonoma dei privati.

A ben vedere chi propone una tale soluzione ragiona in base a logiche da verificare nella loro consistenza: i privati avvertono in molti settori la necessità che le loro pattuizioni abbiano un valore esteso oltre l'ambito del loro rapporto, e tale resistenza della convenzione si può ottenere solo mediante l'estensione alla figura così realizzata dalla disciplina dei diritti reali giacché, si osserva, l'opponibilità non si concilia con una situazione obbligatoria né può essere assicurata *tout court* dalla trascrizione<sup>299</sup>.

Realità ed opponibilità sono considerati come attributi di un'unica omogenea situazione sicché al di là dell'effetto reale riconosciuto per legge non esisterebbero situazioni vevoli *erga omnes*. Ancora, l'osservazione del solo piano dell'efficacia è gravemente fuorviante. L'opponibilità, giova ribadirlo, non è un modo di essere degli effetti e non è caratteristica esclusiva dei diritti reali ma è conseguenza che l'ordinamento collega ad una serie ampia e non omogenea di fatti.

Può accadere che quella qualifica assieme ad altre possa indurre a riconoscere in certe fattispecie un vero e proprio diritto reale e in questa direzione si muovono coloro che ampliano il numero di essi sino a ricomprendervi il diritto dell'acquirente con riserva di proprietà<sup>300</sup>, del locatore<sup>301</sup>, dell'utilizzatore del leasing<sup>302</sup>. Al di là di tali casi, su cui la riflessione non ha offerto risultati definitivi, il problema è diverso. Per decidere sulla loro opponibilità decisivo è il fatto e il suo grado di rilevanza nel sistema come poc' anzi si è cercato di dimostrare.

L'analisi, più che eludere la forza di un principio che ha tuttora una sua giustificazione nel sistema, deve indurre ad individuare quali possibilità siano date ai privati di modificare contrattualmente il contenuto delle situazioni reali o di creare situazioni connesse alla *res* che siano opponibili.

---

<sup>298</sup> v. M. COSTANZA, *Il contratto atipico*, cit., p. 141 ss.

<sup>299</sup> M. COSTANZA, *op. loc. cit.*

<sup>300</sup> v. A. NATUCCI, *La tipicità dei diritti reali*, cit., pp. 129 ss., 135 ss., 142.

<sup>301</sup> v. L. MENGONI, *Gli acquisti «a non domino»*, cit., p. 188; G. CATTANEO, *Riserva della proprietà e aspettativa reale*, cit., p. 975 ss.

<sup>302</sup> M. COMPORI, *Contributo allo studio dei diritti reali*, Milano, 1977, p. 50 ss.

Questa ricerca si deve svolgere senza condizionamenti fuorvianti. Non si vuol qui ribadire una categoria logica dogmatica del *numerus clausus*<sup>303</sup>. La relazione soggetto-oggetto non muta con l'evolversi dell'ordinamento. «Ciò che varia è il numero degli interessi rilevanti, la qualità di tali interessi, le condizioni di tutelabilità»<sup>304</sup>. Questa evoluzione, però, non può essere spiegata con l'unico riferimento alla persistenza o meno del principio di tipicità dei diritti reali. Il sistema agisce sovente su di un piano diverso. Non si crea un nuovo tipo reale ma si assicura resistenza nei confronti di terzi ad accordi contrattuali che incidono sulla conformazione dell'uso e della disposizione dei beni.

Il problema si afferma allora come problema di opponibilità di questi patti al di là della natura personale o reale dei diritti che da essi sorgono.

Emblematica, al riguardo, è la tematica delle obbligazioni reali. Il vero problema in tal caso è quello antico, di chiarire il valore dell'obbligo che si accompagna alla titolarità del diritto reale, giacché la dottrina offre ricostruzioni molto diverse fra loro<sup>305</sup>.

«Il vagare delle obbligazioni *propter rem* da un settore all'altro del sistema» esterna il timore di veder alterata la simmetria fra situazioni reali che sono opponibili e situazioni obbligatorie che per natura non possono avere tali qualità. Queste figure «annebbiano la chiara distinzione tra diritti reali e diritti di obbligazione» e di qui la necessità di fissare una diversa situazione di natura mista la cui oscurità attesta la difficoltà di un inquadramento sistematico che non vuol allontanarsi dalla «purezza» di alcune categorie prefigurate concettualmente<sup>306</sup>.

Obbligazioni  
reali.  
Le incertezze  
della dottrina

<sup>303</sup> M. COSTANZA, *op. cit.*, p. 160 ss.

<sup>304</sup> D. MESSINETTI, *Oggettività giuridica delle cose incorporali*, Milano, 1970, p. 126 ss.

<sup>305</sup> V. BALBI, *Le obbligazioni propter rem*, cit., p. 667 ss.; E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano, 1956, p. 21 ss.; B. BIONDI, *Le servitù*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. Cicu-F. Messineo, Milano, 1967, p. 698 ss.; M. COMPORZI, *Diritti reali in generale*, cit., p. 225 ss.; E. FADDA-P. E. BENZA, *Note dei traduttori a Windscheid*, in *Diritto delle Pandette*, I, 1, Milano-Roma-Napoli, 1902, p. 563 ss.; G. A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione tra diritto reale e diritto di credito*, in *Giust. civ.*, 1953, I, p. 163 ss.; H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Paris, 1957; G. GANDOLFI, voce *Onere reale*, in *Enc. dir.*, Milano, 1980, XXX, p. 127; G. GROSSO-G. DEJANA, *Le servitù prediali*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. Vassalli, I, Torino, 1955, p. 55; L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, cit., p. 3 ss.; v. da ultimo App. Roma, 5 febbraio 1999, in *Contratti*, 1999, p. 1034 in tema di consorzi di urbanizzazione; Cass., 29 aprile 1999, n. 4301, in *Giust. civ. mass.* in tema di convenzione di lottizzazione; Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Giur. it.*, 2001, p. 446, in tema di vincolo di destinazione previsto nel regolamento condominiale.

<sup>306</sup> Distinto l'obbligo *propter rem* dall'onere reale e dal limite o dovere che, a differenza di quello, determina il contenuto necessario del diritto reale e ne segue le sorti, le opinioni



Il vero è che l'ambiguità di tale modo di procedere deriva proprio dal non separare il piano della natura delle situazioni dal piano dell'opponibilità che attiene al rilievo del fatto; è solo con questa

sono diverse affatto. Per alcuno quell'obbligo è privo di ogni sfumatura di realtà e la situazione soggettiva non inerisce proprio per la sua natura al bene, sì che non si può dire, come per gli *iura in re*, che essa diventa in certo senso una qualità del bene stesso (E. BETTI, *Il negozio giuridico*, cit., p. 22).

Ma tale affermazione appare poi vacillante quando si precisa la natura del diritto e la possibilità dei privati di una determinazione autonoma. La tipicità di tali situazioni contrasta con la natura obbligatoria che ad essa si riconosce e d'altra parte una volta che si ammetta una libera costituzione di obbligazioni reali non si giustifica appieno la ragione della loro opponibilità (F. ROMANO, *op. cit.*, p. 89 ss.). La tendenziale idoneità ad imporsi ai terzi, si osserva, distingue un obbligo *propter rem* da un'obbligazione personale, il che non significa che la pubblicità valga a rendere opponibile un'obbligazione personale ma soltanto che un obbligo, purché *propter rem*, può essere opposto al terzo a condizione che il relativo atto sia trascritto (L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 72 ss.).

Resta dubbia in tale costruzione la natura di tale situazione. Essa è personale e non reale, ma tale da imporsi ai terzi; perché ciò si verifichi non è necessario che sia la norma a prevederne la disciplina. Ed allora vien da chiedersi come è possibile distinguere un obbligo «reale» da un obbligo personale. La sola accessorietà ad un diritto reale non è al riguardo sufficiente perché altrimenti si dovrebbe ammettere che qualsiasi situazione, passiva o attiva, che trovi ragion d'essere nella titolarità o contitolarità di un diritto reale assume tale carattere, sicché i privati potrebbero porre in essere, con un accordo, tale collegamento e sarebbe di per sé opponibile qualsiasi situazione connessa alla *res* (A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica*, cit., pp. 572, 581, 601). Né tale funzione può essere assolta dalla trascrizione e dalla presunzione di conoscenza che essa potrebbe generare per i terzi, giacché la pubblicità non può incidere sulla natura sostanziale delle situazioni soggettive (L. BIGLIAZZI-GERI, *op. cit.*, p. 71).

A ben vedere è la prospettiva stessa del rapporto che non riesce a spiegare adeguatamente questa figura. Dal lato passivo, si osserva, la persona del debitore è individuata non in base ai connotati fisici ma in relazione a una cosa; il criterio, però, serve ad individuare il soggetto di un rapporto obbligatorio di cui non si coglie ancora la peculiarità. L'incertezza di sistemazione non scompare se si muta l'angolo prospettivo e si tenta di precisare il valore di quell'obbligo dal lato attivo del rapporto («ossia nel senso che il creditore della prestazione sia colui che si trova in un rapporto reale con la cosa»). Anche qui il lato attivo si concreta in una figura soggettiva qualificata come creditore, il rapporto è un normale rapporto di credito e dovremo allora indicare come *propter rem* il credito del locatore che è proprietario, del comodante e così via (F. ROMANO, *op. cit.*, p. 185). L'osservazione attenta delle difficoltà di spiegare tale figura nel novero delle situazioni personali non può che indurre a riconoscere in essa tratti di realtà che consistono essenzialmente in questo: il titolare dell'obbligo è anche titolare di un diritto reale, ossia è il «diritto reale a portare con sé quella obbligazione», tutte le altre considerazioni sulla identificazione della persona e sull'accessorietà sono consequenziali di tale fondamentale premessa (ID., *op. cit.*, p. 185).

Si tratta però di chiarire il significato di questa «realità dimezzata» che finisce per essere a sua volta o un luogo comune tramandato più per consuetudine che per reale convinzione o il frutto di una profonda revisione della partizione dei diritti patrimoniali che esprime una vicenda concettuale lucida ma particolarissima e diversa da come solitamente viene recepita quella distinzione. La dottrina si rifugia per lo più nella natura mista dell'obbligo che dal punto di vista della struttura sarebbe una tipica obbligazione e dal punto di vista dell'efficacia un diritto reale.

chiave di lettura che si può spiegare quando e perché alcune situazioni obbligatorie che ruotano attorno al diritto reale possono essere opponibili senza che ciò contrasti con la riserva statale di conformazione dei poteri sulla *res* ma senza neppure mortificare in assoluto la libera determinazione dei privati in tale settore<sup>307</sup>.

Lo sbaglio è di considerare che in quanto obbligazioni esse non siano mai opponibili. Ancora il piano dell'efficacia si sovrappone deformandolo alla necessaria valutazione del fatto (e non del rapporto) per decidere della resistenza delle pattuizioni che prevedono tali figure obbligatorie.

La radice dell'errore del resto è assai risalente.

Basta pensare che nella dottrina italiana il concetto di opponibilità si è costruito con una chiara derivazione da certi supposti interessi generali del sistema economico. E lo stesso Venezian<sup>308</sup>, che assieme a Coviello<sup>309</sup>, traccia una linea ricostruttiva che sarà poi percorsa acriticamente negli anni a cavallo della nuova codificazione, enuncia con chiarezza queste derivazioni. Dalla opponibilità, egli sostiene, discende una restrizione della libertà di iniziativa economica di chi intende investire capitali nell'acquisto di beni e tale prerogativa della categoria degli acquirenti è da tutelare, perché realizza l'esigenza di produttività dei fattori di produzione «mentre ogni attività contraria a questo interesse generale (va incontro) in un tempo più o meno lungo alla naturale sanzione degli impoverimenti».

Così si assumono come criteri guida per la rilevanza *erga omnes* degli atti di autonomia due principi tratti non da una semplice connessione normativa, ma direttamente funzionali ad un certo assetto dei rapporti economici, ed in base ad essi si avvicinano, sino a risolverli l'uno nell'altro, i concetti di realtà ed opponibilità in base al convincimento che le situazioni soggettive per le quali si giustifica una tutela *erga omnes* sono già qualificabili come diritti reali in virtù di un indice legislativo.

Con ciò, però, si enunciano dei principi che non resistono ad un'analisi attenta: anzitutto la contrarietà ad un interesse generale di alcuni limiti pattizi alla disposizione e al godimento dei beni, i cui effetti le parti

Realtà ed  
opponibilità

La teoria di  
Venezian

---

<sup>307</sup> F. ROMANO, *op. cit.*, p. 80. «Il nucleo centrale del potere e del dovere è conformato dall'ordinamento in vista della potenziale stabilità e rilievo sociale della situazione soggettiva la cui conformazione si impone a tutti i terzi, giacché viene in definitiva ad esprimere uno *status* della *res*. Il che non esclude che la struttura originaria trovi completamente in un nucleo obbligatorio rimesso alla libera determinazione dei privati e capace di rendere la situazione astratta funzionale all'interesse che le parti intendono realizzare con la costituzione del diritto».

<sup>308</sup> G. VENEZIAN, *Dell'usufrutto, dell'uso e dell'abitazione*, Napoli-Torino, 1936, p. 149 ss.

<sup>309</sup> N. COVIELLO, *Della trascrizione*, cit., p. 302 ss.; ID., *Delle cosiddette servitù irregolari nel diritto civile italiano*, in *Arch. giur.*, 1928, pp. 285 (721).

vogliono estesi anche ai terzi, è una premessa indimostrata perché in molti casi il legislatore reputa prevalente l'interesse di alcune categorie di soggetti sull'interesse «generale» alla libera circolazione dei beni (si pensi alla cessione del credito ex art. 1260 c.c. ed ai limiti alla disposizione di quote ed azioni sociali). Sicché la premessa maggiore del sillogismo, poc'anzi riferito, appare assai vacillante a meno che non si spieghi coerentemente perché singole posizioni soggettive abbiano nel sistema un rilievo giuridico contrastante e addirittura prevalente rispetto ad un interesse che si assume come generale. Ma v'è di più.

Tutto l'argomentare si fonda sull'unico razionale criterio della assoluta indistinzione delle situazioni obbligatorie le quali, come massa omogenea, non consentirebbero alcuna diversificazione al loro interno, quando invece era già possibile a quei tempi, e lo è a maggior ragione adesso, contestare la non funzionalità ad un certo tipo di sistema economico di tutte le situazioni soggettive per le quali manchino indici legislativi nel senso della realtà<sup>310</sup>.

Purtuttavia non è difficile osservare che la dottrina ha per lo più preso l'avvio dall'idea di Venezian considerando l'opponibilità come un aspetto meccanico e riflesso della natura (ontologica) dei diritti e rifiutando di compiere l'unica attività ermeneutica che, sola, avrebbe consentito sostanziali progressi dogmatici e cioè quella di individuare in base ad un'osservazione attenta del sistema le singole specifiche ipotesi in relazione alle quali i privati richiedevano una tutela estesa ai terzi della loro posizione di vantaggio, giacché solo «in relazione a tale ipotesi e non all'intera categoria delle situazioni obbligatorie si sarebbe dovuta condurre quella rilevazione degli interessi e di situazioni soggettive attraverso la quale sciogliere poi il dilemma circa l'accoglimento o no della richiesta dei privati»<sup>311</sup>.

Ed è ciò che occorre fare nel nostro caso<sup>312</sup>.

Di fronte ad una richiesta dei privati di attribuire rilievo *erga omnes* ad una pattuizione, in assenza di una precisa disposizione che riconosca la possibilità di trascrivere l'atto, grava sull'interprete la ricerca di un difficile equilibrio.

La conformazione delle situazioni soggettive in ordine alla *res* è il terreno più sensibile alle variazioni di interessi collettivamente rilevanti. Finché esiste una forma di potere sufficientemente organizzata non può che spettare ad essa la determinazione del contenuto delle posizioni soggettive, ma questa esigenza di ordine va

---

<sup>310</sup> V. le utilissime indicazioni di A. BELFIORE, *Interpretazione e dogmatica nella teoria dei diritti reali*, cit., pp. 572 ss., 581, 601 ss.

<sup>311</sup> V. ancora la limpida analisi di A. BELFIORE, *op. ult. cit.*, pp. 585, 606, 608, 609 ss.

<sup>312</sup> F. ROMANO, *op. cit.*, pp. 121-122.

oggi riconsiderata in un'epoca di transizione caratterizzata proprio da un profondo mutamento del sistema delle fonti dovuto alla appartenenza dell'Italia all'Unione Europea, la quale sollecita una uniformità fra ordinamenti nazionali profondamente diversi. In questo contesto la soluzione di un problema con la ricerca di una sola norma nazionale insolata è insufficiente per almeno due motivi.

La sola ricerca della legge trascura l'importanza di altri formanti ed esclude il raffronto necessario fra il fatto ed un ordinamento esteso dalla dimensione nazionale a quella europea cui spetta fornire indici sull'atteggiamento da assumere in merito ad ogni problema e attribuire rilevanza giuridica a fatti che è compito della dottrina recepire e valutare per una decisione corretta.

Di fronte alla richiesta dei privati, dunque, si dovrà attribuire all'atto di autonomia un grado di rilevanza positiva tale da consentire la sua prevalenza. Dati significativi sono oggi la normativa sulla trascrizione del preliminare, che amplia l'ambito di pattuizioni opponibili, e la legge di ratifica della Convenzione sul *trust*, che in determinati casi giustifica le trascrizioni di accordi sull'uso e la disposizione della *res* e le normative sulla multiproprietà. Ma anche nella giurisprudenza italiana si intravedono linee di evoluzioni importanti, e significativo è l'indirizzo che reputa possibile e lecito imporre una determinata destinazione ad un bene senza violare alcun principio e regola di ordine pubblico<sup>313</sup>.

La dottrina ha da tempo chiarito che l'effetto giuridico dell'individuazione precede il momento dell'esercizio del diritto ed è pacifico che gli impegni assunti dai costruttori in base alla legge (convenzioni urbanistiche) producono effetti *erga omnes*, se resi pubblici, in ordine alla disciplina dei beni. Anche sul piano privatistico il contratto può produrre tali effetti ed assumere la funzione di titolo della vicenda circolatoria: basta pensare alla individuazione nella vendita di genere, o all'atto di destinazione a pertinenze. La Cassazione ha precisato che è possibile con atti negoziali imprimere una destinazione economica ad un bene, ad esempio con un regolamento di condominio orizzontale o verticale, o con l'atto di costituzione di una multiproprietà. L'unico limite all'autonomia dei privati, si osserva, «non è costituito dalla necessità di salvaguardare il principio del numero chiuso dei diritti reali» ma «dalla gamma di utilità che l'ordinamento attribuisce ai beni, all'interno della quale può avvenire una destinazione convenzionale». Sarebbe dunque invalida

---

<sup>313</sup> Da ultimo Cass., 5 settembre 2000, n. 11684, in *Arch. locazioni*, 2000, p. 885; Cass., 14 agosto 1997, n. 7614, in *Giur. it.*, 1998, p. 2289; Cass., 14 luglio 1989, n. 3322, in *Giur. it.*, 1991, p. 113.

una destinazione contraria alla legge e pienamente efficace, invece, un uso convenzionale «compatibile con la disciplina delle varie categorie dei beni»<sup>314</sup>.

La motivazione non è del tutto chiara, ma da essa si può trarre che non occorre un'espressa disposizione per riconoscere l'opponibilità di un limite convenzionale al godimento. Se questa implica la conformità di un fatto ad uno schema normativo che ne assicura la priorità, il contratto può imprimere alla *res* una destinazione opponibile se esiste un criterio formale che giustifichi tale rilevanza, la quale può ricavarsi anche dalla «gamma di utilità che l'ordinamento attribuisce ai beni». Sicché la risposta al quesito sull'opponibilità dell'atto di autonomia deve muovere dalla valutazione del titolo per individuare l'esistenza di uno «schema normativo» idoneo ad attribuire una rilevanza tale da giustificare la sua efficacia *erga omnes*<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> V. Cass., 14 luglio 1989, n. 3332, cit., e in epoca più risalente Cass., 18 giugno 1981, n. 4011, in *Foro it.*, 1981, I, c. 108 ss. di cui la massima «Solamente il titolo o la legge possono imprimere ad un'attività personale del proprietario di un fondo la natura di elemento integrante di una servitù prediale». Nella specie si discuteva sulla qualificazione di una collaborazione continuativa del proprietario del fondo servente che era necessaria per poter esercitare concretamente il godimento. La Corte precisa che tale prestazione «può essere assunta tra gli elementi accessori di una servitù solo in base al titolo previsto dall'art. 1030 c.c. e che, in mancanza di esso, rimane nel campo dei diritti di obbligazione». Fra di essi ai fini della successione nel rapporto già il codice civile crea delle diversità. Un indice espresso è contenuto nell'art. 1030 c.c. il quale dispone che «l'esercizio della situazione reale di servitù può essere regolata fra le parti entro l'ambito di quell'interesse meritevole di tutela che è indicato in termini di funzionalità per l'esercizio della servitù medesima». Siffatta rilevanza che la legge attribuisce al fatto costitutivo discrimina quest'obbligo da qualsiasi altro che assuma il proprietario in quanto tale al di fuori dello schema della servitù. Entrambi sono obblighi giacché l'accessorietà dell'uno al contenuto della servitù non ne altera la natura. Solo che fra tutte le disposizioni che possono ruotare attorno al diritto reale la legge ne isola alcune attribuendo un grado parziale di rilevanza al titolo sì da poterne consentire la trascrizione e con essa l'opponibilità. Non è quindi la pubblicità che consente alla obbligazione *propter rem* di valere oltre la sua naturale relatività, attraverso la possibilità di conoscenza. In tal caso non si avrebbe mai opponibilità ma solo una eventuale responsabilità del terzo acquirente che potendo conoscere l'esistenza dell'obbligo non intenda poi compiere la prestazione dovuta. È il rilievo del fatto che assicura la prevalenza di esso su altri incompatibili ed impone al terzo il suo rispetto.

L'accessorietà delle obbligazioni reali si deve spiegare quindi non come estraneità al diritto reale ma anzi come appartenenza di esse al suo contenuto. Distinte dai doveri o limiti che come tali seguono le vicende del diritto reale quelle obbligazioni restano tali né possono avere una natura ibrida. Affermare la struttura di obbligo e l'efficacia reale, senza un'idonea revisione della stessa configurazione dei diritti reali e delle situazioni patrimoniali nel loro complesso, è una formula descrittiva solo di un'incertezza di sistemazione.

<sup>315</sup> V. Cass., 14 luglio 1989, n. 3322, cit. Di recente, Cass., 6 marzo 2003, n. 3341, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 2825. V. però per la tipicità delle obbligazioni *propter rem*, Cass., 2

## 10. Il *trust*

### 10.1. *Trust* e diversità dei sistemi

Le origini  
del *trust*

L'istituzione in *trust* di alcuni beni nell'interesse di uno più beneficiari è da sempre utilizzata nei paesi anglosassoni per realizzare scopi diversi. Con un tratto omogeneo la separazione di alcuni beni dal patrimonio del disponente e del trustee per destinarli ad alcune finalità fissate dall'atto costitutivo.

I caratteri affondano nelle peculiarità di quel sistema<sup>316</sup>. Nella *common law* il trustee poteva amministrare e disporre dei beni in *trust* con limiti solo morali, in quanto nessuna azione spettava al beneficiario. Di fronte a tali carenze i cancellieri del re intervenivano nei casi in cui il trustee tradiva la fiducia. Nelle alienazione in spregio dei limiti posti dal *trust*, il corrispettivo era sostituito ai beni del *trust* medesimo. Se la disposizione era gratuita o il terzo in mala fede, l'acquirente diveniva trustee e doveva tenere i contegni richiesti dal titolo. Sicché i beneficiari non avevano tutela di pieno diritto ma il loro interesse sostanziale era garantito da regole di *equity*.

Le due giurisdizioni sono state in gran parte riunificate, ma la distinzione fra *equity* e *common law* è rimasta tratto significativo del *trust*; ne segue che le nostre categorie sono inadatte a spiegare l'istituto, il quale poggia su una considerazione di fondo: il trustee è proprietario ma le sue prerogative sono limitate dal titolo.

---

gennaio 1997, n. 8, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 4; Cass., 20 agosto 1993, n. 8797, *ivi*, 1993, p. 1307, V.

<sup>316</sup> In merito all'origine di tale istituto inglese, si ricorda brevemente che esso trae fondamento dalla struttura dualista che si era venuta a creare nell'ordinamento inglese a partire dal XVI° sec., dovuta al concorso della *common law* (un diritto prodottosi massimamente in via giurisdizionale, su materie fondamentali ed esercitato mediante il c.d. *writ*, ossia azione processuale, in un primo momento concordata caso per caso col Cancelliere, e poi operante in base a schemi tipizzati e ricorrenti) e dell'*equity* (diritto reso attraverso il ricorso alla "grazia" del Re e del suo Cancelliere, in particolare ricorrendo a schemi romanistici volti ad integrare e correggere la *common law*), che trova la sua prima espressione in una legge del 1540.

Per più complete indicazioni in merito a tale vicenda storica, indispensabile per comprendere il moderno diritto inglese, oltre alla non recente ma centrale opera di F. W. MAITLAND, *Equity: A Course of Lectures* (rev. ed. by Bruniate), Cambridge, 1936, trad. parziale it. a cura di Borzelli, *L'equità*, Milano, 1979; tra i molti scritti, si veda S. TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, in *Fiducia, trust, mandato di agency*, Atti del Convegno di Studio a Madonna di Campiglio, Milano, 1991, p. 117 ss.; M. LUPOI, *Trusts*, Milano, 2001, p. 23 ss.; A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 93 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Quadrim.*, 1990, p. 251 ss.

Ciò è possibile per il sistema proprietario inglese che non conosce la tipicità dei diritti reali e ammette la frammentazione dello stato giuridico della *res* a favore di una pluralità di soggetti. Del tutto diversa è l'esperienza continentale ove l'assolutezza della proprietà e la tipicità dei diritti reali hanno una precisa derivazione storica. La giustificazione di detti principi poggia su una forte volontà politica, volta alla abolizione del sistema feudale e della miriade di diritti e servitù sulla terra tipici dell'*ancien régime* che la Rivoluzione francese si era programmata di abbattere in modo netto e radicale.

Tuttavia, anche il richiamo al rapporto obbligatorio, per comprendere la figura del *trust*, è altrettanto impreciso del riferimento alla proprietà non foss'altro perché nell'ambiente anglosassone, l'obbligazione presenta peculiarità che sono di ostacolo al confronto. Il beneficiario non recupera la proprietà o un altro diritto, ma rimane titolare di quei soli interessi che gli sono stati assegnati al momento della costituzione. Si comprende allora la situazione disarmonica creata con la ratifica (legge n. 364 del 16 ottobre 1989) della Convenzione dell'Aja che non disciplina come proprio l'istituto, ma ne ammette gli effetti in presenza di elementi di estraneità del titolo<sup>317</sup>.

Trovano spiegazione e ragione anche le dispute e il dialogo che caratterizza il dibattito dottrinario, ma anche le forti incertezze interpretative su ogni aspetto della disciplina, incertezze che si esprimono e risolvono in tesi contrapposte riprodotte nei saggi e nelle sentenze dei tribunali<sup>318</sup>.

---

<sup>317</sup> Si tratta della Convenzione dell'Aja sul Diritto applicabile ai *Trusts* ed il loro Riconoscimento del 1 luglio 1985. La Convenzione non fornisce una definizione di *trust*, ma, nella consapevolezza del polimorfismo strutturale e della duttilità di questa figura, descrive empiricamente gli elementi minimi caratterizzanti, riferendosi soltanto ai *trusts* espressamente istituiti dal *settlor* con atto *inter vivos* o *mortis causa*: si tratta quindi dei c.d. *express trusts* i quali, ai fini dell'applicabilità della Convenzione devono essere oltre che volontari, redatti per scritto.

In questo senso il *trust* è definito quale "micro-modello" (F. DI CIOMMO, *Per una teoria negoziale del trust*, cit., p. 787) che circola tra i vari ordinamenti, modello che ha vinto ogni concorrenza proprio per l'utilità e la duttilità pratica. Sulla circolazione del modello *trust*, inoltre, R. LENER, *La circolazione del modello del trust nel diritto continentale del mercato mobiliare*, in *Riv. Soc.*, 1989, p. 1051 ss.

<sup>318</sup> Si è parlato infatti di un confronto che assomiglia ad una "guerra di religione" (G. BROGGINI, *Fiducia e trust nel diritto internazionale privato*, in *Europa e dir. priv.*, 1998, p. 399 ss.), piuttosto che ad un pacato dibattito, ben comprensibile poiché sono coinvolte valutazioni *lato sensu* politiche, oltre che tecnicamente giuridiche, essendo il *trust* un istituto al di fuori della nostra tradizione e sviluppato in un ambiente differente, idoneo inoltre ad incidere su principi fondanti della nostra civilistica. Tali difficoltà risultano "aggravate" dall'assenza di chiarezza normativa: il legislatore italiano ha ratificato la Convenzione dell'Aja senza aver preventivamente apprestato strumenti per garantire un'applicazione chiara ed univoca.

## 10.2. Un inventario delle incertezze

La natura e gli effetti della legge di ratifica sono il primo motivo di dialogo in dottrina.

La ratifica della  
Convenzione  
dell'Aja.

Alcuni individuano nella legge di ratifica della Convenzione dell'Aja una finalità di uniformazione delle norme di diritto internazionale privato in seno ai paesi di *common law*, con valore sostanziale in paesi che non conoscono il *trust* ma hanno sottoscritto la convenzione.

I problemi  
aperti e gli  
orientamenti  
dottrinari

La maggioranza degli interpreti, tuttavia, individua nella presenza di un conflitto di leggi il presupposto di operatività della citata normativa, la quale dunque non sarebbe fonte autonoma di diritto uniforme. Ne segue, secondo questa linea di pensiero, l'assenza di forme di integrazione del diritto interno o di regolamentazione del *trust* che sarebbe ammesso solo in presenza di elementi di internazionalità.

Connessa alla natura (internazional-privatistica o sostanziale) della legge 364/1989, è il problema della scelta della legge applicabile. Secondo parte della dottrina e della giurisprudenza di merito, in mancanza di un collegamento diverso dalla volontà del disponente, sussisterebbe un'assoluta libertà del *settlor* di scegliere la legge regolatrice del *trust*<sup>319</sup>. Secondo altri la libertà di scelta presuppone un conflitto di leggi nello

---

<sup>319</sup> L'argomentazione frequentemente addotta è che anche la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, in particolare all'art. 3, comma 3, contempla l'eventualità in cui il solo elemento di estraneità sia la legge applicabile scelta, pur sancendo in questa ipotesi l'applicazione delle norme imperative del paese cui si riferiscono in modo univoco gli elementi oggettivi e soggettivi della fattispecie. Analoghe previsioni sono contenute anche nelle Convenzioni dell'Aja del 1955 sulla legge applicabile alla vendita di cose mobili, del 1978 e del 1985 sulla vendita internazionale; a tal proposito, F. POCAR, *La libertà di scelta della legge regolatrice del trust*, in *I trusts in Italia oggi*, a cura di I. Benvenuti, Milano, 1996, p. 3 ss.

In questo senso, M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 520 ss.; N. LIPARI, *Fiducia statica e trust*, in *I trusts in Italia oggi*, Milano, 1996, p. 73 ss.; P. PICCOLI, *Possibilità operative del trust nell'ordinamento italiano. L'operatività del trustee dopo la Convenzione dell'Aja*, in *Riv. not.*, 1995, p. 67 ss.; S. M. CARBONE, *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, in *Trusts*, 2000, p. 145 ss.; E. CALÒ, *Dal probate al family trust*, Milano, 1996, p. 90 ss.; R. LUZZATO, "Legge applicabile" e "riconoscimento" di trusts secondo la Convenzione dell'Aja, *Trusts e attività fiduciarie*, 2000, p. 7; R. SICLARI, *Il trust interno tra vecchie questioni e nuove prospettive: il trust "statico"*, in *Vita not.*, 2002, 2, p. 727 ss.

Le motivazioni apprestate dai sostenitori della piena ammissibilità dei *trusts* interni, sono spesso accompagnate dalla considerazione secondo la quale l'esclusione di queste tipologie di *trusts* dall'ambito applicativo convenzionale, concretizzerebbe una violazione dell'art. 3 Cost., poiché si verrebbero a privare i cittadini italiani dell'uso di uno strumento al quale invece soggetti stranieri possono fare ricorso in Italia.



spazio, dunque elementi di internazionalità, data la natura della Convenzione <sup>320</sup>.

Altra questione concerne la validità e la natura giuridica dell'atto costitutivo di *trust*; a tal riguardo, l'art. 4 della Convenzione rinvia alla *lex fori*. Così non sussistono difficoltà od ostacoli di configurazione per coloro che individuano negli articoli 2 e 12 della Convenzione l'introduzione nel nostro ordinamento di una nuova forma di proprietà fiduciaria. Esistono, invece, forti ostacoli concettuali per quella parte della dottrina che nega tale effetto sul presupposto della inammissibilità di altre ragioni di trasferimento della ricchezza nel nostro sistema al di fuori delle cause tradizionali (*causa vendendi*, *causa donandi*, di garanzia).

Gli aspetti nevralgici restano, comunque, il vincolo di destinazione attuato mediante il ricorso al *trust* e la trascrizione dell'atto nei registri immobiliari.

L'art. 12 della Convenzione abilita il *trustee* a richiedere l'iscrizione della propria qualifica o "di altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò sia vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo" <sup>321</sup>. Ove si ritenga che gli articoli 2, 10 e 12 della Convenzione aggiungano una nuova forma di proprietà a quelle conosciute, non vi è difficoltà ad individuare in tale articolo un obbligo per gli Stati di riconoscimento. Obbligo che grava sui Tribunali, organi dello Stato. Ma il quadro si complica in presenza dell'articolo 13 <sup>322</sup> che individua la facoltà di

---

<sup>320</sup> In questo senso, L. FUMAGALLI, *La Convenzione dell'Aja sul trust e il diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. int.*, 1992, p. 554 ss.; G. PONZANELLI, in AA.VV., *Convenzione relativa alla legge sui "trusts" e al loro riconoscimento*, *Commentario*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1226 ss. ed in particolare modo, G. BROGGINI, *op. loc. cit.*

In giurisprudenza, in particolare, Trib. di Belluno, 25 settembre 2002, in *Riv. not.*, 2002, VI, p. 1538 ss., con nota di M. DOLZANI, *Trust immobiliare in regime tavolare*.

<sup>321</sup> Certa dottrina individua in queste disposizioni, norme di diritto materiale: M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 530 ss.

*Contra*, C. CASTRONOVO, *Il trust e "sostiene Lupoi"*, in *Eur. dir. priv.*, 1998, p. 46, il quale in particolare critica la formulazione dell'art. 12 della Convenzione poiché non introduce un vero e proprio obbligo di pubblicità, pertanto, con lesione della posizione dei terzi creditori, la cui tutela è valutata come imperativa ai sensi dell'art. 15 e con un conseguente pericolo di instabilità dell'intera Convenzione.

<sup>322</sup> L'art. 13 così dispone "Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un *trust* i cui elementi importanti, ad eccezione della legge da applicare, del luogo di amministrazione e della residenza abituale del *trustee*, sono più strettamente connessi a Stati che non prevedono l'istituto del *trust* o la categoria del *trust* in questione".

negare il riconoscimento del *trust*. La formulazione della norma non è delle più felici: da essa e dagli atti che ne hanno preceduto la redazione definitiva emerge l'esigenza di limitare quella totale libertà di scelta della legge applicabile sancita dall'art. 6. Non vi è affatto concordia nel precisare se tale previsione sia rivolta al giudice (che quindi avrebbe una facoltà di non riconoscimento del *trust* interno previa valutazione caso per caso)<sup>323</sup> od al legislatore<sup>324</sup>.

Su tutto ciò grava la voce forte di chi ricorda che un tale riconoscimento implica un profondo rivolgimento del sistema e che la trascrizione è un sistema di pubblicità caratterizzato da tipicità degli effetti<sup>325</sup>.

### 10.3. La giurisprudenza di merito sui *trust* interni

La legge di ratifica della Convenzione internazionale, secondo taluni, avrebbe introdotto nel nostro ordinamento un nuovo modello proprietario, dando piena rilevanza alla destinazione di patrimoni senza limiti temporali, e ciò in contrasto con principi caratterizzanti il

Il *trust* interno.  
Lo stato della  
giurisprudenza  
di merito

---

<sup>323</sup> Questa è la tesi di M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 535, suffragata dalla previsione della Relazione alla Convenzione, n. 23.

<sup>324</sup> In tal senso, N. LIPARI, *Fiducia statica e trusts*, cit., p. 76; S. TONDO, *Ambientazione del trust nel nostro ordinamento e controllo notarile sul trustee*, cit.; G. CONTALDI, *Il trust nel diritto internazionale privato italiano*, Milano, 2001, p. 130 ss. Sul punto anche A. GAMBARO, voce *Trust*, in *Dig. Disc. priv., Sez. civ.*, XIX, 1999, p. 467 e R. SICLARI, *Il trust nella Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985: un nuovo modello negoziale*, in *Rass. Dir. civ.*, 2000, p. 87 ss., secondo il quale l'aver la Convenzione affidato la discrezionalità del riconoscimento del *trust* ex art. 13 al legislatore indicherebbe una generale rilevanza dello stesso istituto a livello interno.

<sup>325</sup> La previsione di questo effetto di carattere sostanziale è contenuto nell'art. 12 della Convenzione e consente l'ammissibilità in testa al *trustee* di chiedere la trascrizione di beni immobili o mobili registrati proprio in qualità di *trustee*, "a meno che ciò sia vietato o incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo".

Sostenitore di tale incompatibilità e dell'impossibilità di operare la trascrizione con effetto dichiarativo di beni è F. GAZZONI in *Tentativo dell'impossibile (osservazioni di un giurista "non vivente" su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, I, p. 30 ss. *Contra*, A. GAMBARO, *Il trust in Italia*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1993, p. 1217.

Per quanto riguarda la trascrizione tavolare, si legge nella massima del citato decreto Trib. di Belluno del 25 settembre 2002 che "Il fondamento della previsione pubblicitaria contenuta nell'art. 12 della Convenzione dell'Aja non è sufficiente a superare il disposto dell'art. 20, lett. h), l. tav., il quale presuppone una espressa previsione normativa dettata in materia di trascrizione"; detto decreto, come già accennato, si mostra contrario all'ammissibilità dei *trusts* interni: "Il riconoscimento di un *trust* non può essere operato nei casi in cui nessuno degli elementi significativi del *trust* stesso (...) presenti caratteri di estraneità rispetto all'ordinamento italiano".

nostro sistema (si pensi alla previsione di cui all'art. 1379 c.c.). In stretta connessione si osserva che la stessa finalità del *trust* comporta la segregazione dei beni dal patrimonio del *trustee* anche se sono ancora diversi gli orientamenti in dottrina e nella giurisprudenza.

Numerose sono ad oggi le pronunce della giurisprudenza di merito relative al *trust*, a partire dal problema di fondo, ovvero l'ammissibilità del c.d. *trust* interno. Con tale espressione, ormai entrata nel bagaglio del giurista, si indicano quei *trust* "che hanno un solo elemento di estraneità rispetto al nostro ordinamento: la legge dalla quale sono regolati"<sup>326</sup>. Cuore del problema è, dunque, valutare se sia compatibile con la previsione della legge di ratifica 364/1989 e soprattutto con principi generali del nostro ordinamento, l'atto istitutivo di un *trust* che presenti elementi oggettivi e soggettivi interamente domestici e, come unico elemento di estraneità, la scelta dell'applicazione di una legge di altro ordinamento che consente e disciplina l'istituto del *trust*. La dottrina sul punto è divisa.

È bene comunque ricordare che nessuna pronuncia della Cassazione è intervenuta in questo ambito il quale non può ritenersi affatto certo né stabile, pur essendo interessante l'analisi delle argomentazioni accolte in giurisprudenza.

Decisamente favorevole al riconoscimento del *trust* interno, tra le altre<sup>327</sup>, è una sentenza del Tribunale di Bologna<sup>328</sup> che utilizza le tesi (di una parte della dottrina), così riassumibili:

L'art. 11<sup>329</sup> (come pure l'art. 12) "si inserisce in una convenzione di diritto internazionale privato come norma di diritto materiale

L'orientamento favorevole

---

<sup>326</sup> M. LUPOI, *Aspetti gestori e dominicali, segregazione: trust e istituti civilistici*, nota a Trib. Lucca, 23 settembre 1997, in *Foro it.*, 1998, I, col. 3393; vedi anche dello stesso Autore, *Trusts*, cit., p. 546.

È opportuna una precisazione linguistica: l'espressione indicata appartiene ormai ad un lessico generalizzato, dalla quale va però distinto il c.d. "*trust* di diritto interno", cioè *trust* sottoposto alla legge italiana, ambito estraneo alla Convenzione.

<sup>327</sup> Più in generale, in giurisprudenza favorevoli ai *trust* interni, Trib. Bologna, 16 giugno 2003, *Guida al diritto*, 2003, n. 31, p. 43, con nota di M. LUPOI; Trib. Verona, 8 gennaio 2003, *Trusts*, 2003, p. 409; Trib. Parma, 21 ottobre 2003, in *Guida al diritto*, 2003, n. 45, p. 67, con nota di A. BUSANI, G. CANALI; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, *Notariato*, 2002, p. 383, con nota di M. LUPOI.

<sup>328</sup> Trib. Bologna, Sezione I civile, 30 settembre 2003, in *Guida al Dir.*, 2003, n. 45, p. 52 ss. e in *Foro it.*, 2004, I, c. 1295, con nota di DI CIOMMO. Si tratta della prima sentenza a conclusione del primo grado del processo ordinario di cognizione. La fattispecie concreta riguarda la costituzione di un *trust* da parte di un coniuge che vi ha conferito beni della comunione legale; l'altro coniuge agisce in giudizio per fare dichiarare la nullità del *trust* così istituito per l'assenza di elementi di internazionalità e per contrasto con l'art. 2740 c.c.

<sup>329</sup> Tale norma, che disciplina gli effetti minimi del *trust*, è valutata come una eccezione legislativa al principio della illimitatezza della responsabilità patrimoniale, e, pertanto,

uniforme”; detta norma infatti, “a differenza di tutte le altre del testo convenzionale (che sono norme uniformi di diritto internazionale privato), è regola di diritto sostanziale che non si limita a dettare le condizioni per il riconoscimento di un *trust* "straniero" (...) ma disciplina, direttamente ed immediatamente, gli effetti minimi che il riconoscimento deve produrre, in modo omogeneo, in ogni ordinamento degli Stati contraenti”.

La previsione di cui agli articoli 2 e 11 della Convenzione introdurrebbe una “proprietà "qualificata" o "finalizzata" (...) in aggiunta a quella conosciuta dal codice civile del 1942”, proprietà che è esclusa di per sé dal patrimonio del *trustee*: i beni conferiti in *trust* non entrerebbero nel patrimonio del *trustee* (né configurano dunque, ai fini dell’art. 2740 c.c., patrimonio presente o futuro), in quanto finalizzati alla realizzazione di un determinato scopo.

La deroga all’art. 2740 del codice civile, secondo questo orientamento, emergerebbe “direttamente dagli artt. 2 e 11 della Convenzione che identificano in modo esclusivo la fonte della segregazione nella "proprietà qualificata" del *trustee* e fornirebbero una nuova lettura del concetto di "patrimonio". A fondamento di tale interpretazione vi è la considerazione per la quale “nel nostro ordinamento sono sempre più numerose le disposizioni legislative derogatorie all’art. 2740 c.c., il quale, quindi, non può assurgere al rango di supremo (e come tale inderogabile) principio di ordine pubblico economico”<sup>330</sup>. Anzi

---

pienamente legittima in quanto norma successiva e speciale (in questo senso, anche Trib. Verona, 8 gennaio 2003, cit.).

Si riporta il contenuto dell’art. 11: “Un *trust* costituito in conformità alla legge specificata al precedente capitolo dovrà essere riconosciuto come *trust*. Tale riconoscimento implica quanto meno che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio personale del *trustee*, che il *trustee* abbia le capacità di agire in giudizio ed essere citato in giudizio, o di comparire in qualità di *trustee* davanti a un notaio o altra persona che rappresenti un’autorità pubblica.

Qualora la legge applicabile al *trust* lo richieda, o lo preveda, tale riconoscimento implicherà, in particolare:

a) che i creditori personali del *trustee* non possano sequestrare i beni del *trust*; b) che i beni del *trust* siano separati dal patrimonio del *trustee* in caso di insolvenza di quest’ultimo o di sua bancarotta; c) che i beni del *trust* non facciano parte del regime matrimoniale o della successione dei beni del *trustee*; d) che la rivendicazione dei beni del *trust* sia permessa qualora il *trustee*, in violazione degli obblighi derivanti dal *trust*, abbia confuso i beni del *trust* con i suoi e gli obblighi di un terzo possessore dei beni del *trust* rimangono soggetti alla legge fissata dalle regole di conflitto del foro”.

<sup>330</sup> Si richiamano al riguardo l’art. 3 della legge 23/3/1983 n. 77 sui fondi comuni di investimento immobiliare (abrogato dal D.Lgs. 58/1998), norma ripresa ed ampliata dal testo unico in materia di intermediazione finanziaria (D.Lgs. 24/2/1998 n. 58); nonché l’art. 4 del D.Lgs. 21/4/1993 n. 124, riformato dalla legge 335/1995, sui fondi pensione. Di ampio rilievo anche la normativa sulla cartolarizzazione dei crediti (legge 130/1999), il cui art. 3 dispone che “i crediti relativi a ciascuna operazione [di cartolarizzazione di

“proprio per l'univocità dei più recenti interventi del legislatore, la segregazione patrimoniale non può più essere considerata un "tabù" e, di contro, l'unitarietà della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. non può valere come un "dogma sacro ed intangibile" del nostro ordinamento”<sup>331</sup>.

A tale posizione si contrappone un diverso orientamento che, attesa la natura internazional-privatistica della Convenzione, ritiene necessaria la sussistenza del collegamento degli elementi di diritto e di fatto della fattispecie concreta con un ordinamento straniero che riconosce il *trust*. Ammettere una completa libertà di scelta della *lex fori* condurrebbe a forme di abuso e di frode alla disciplina interna, in particolare con riferimento all'art. 2740 c.c.. Posto che la convenzione dell'Aja regola conflitti di legge e non ha assunto il carattere di Convenzione di diritto sostanziale uniforme, “il *trust* è riconosciuto nel nostro ordinamento nei limiti dettati dall'art. 13 della stessa e cioè solo quando si tratta di un *trust* costituito in uno stato che conosca e disciplini il tipo di *trust* in questione; ne consegue che il c.d. *trust* interno non trova riconoscimento in Italia e, per tale ragione, non può essere fatto oggetto di pubblicità”<sup>332</sup>.

È lo stesso art. 15 della Convenzione, si osserva, a limitare l'operatività del *trust* rispetto alle norme inderogabili dei diversi ordinamenti nazionali, tra le quali deve essere compreso l'art. 2740 c.c. (nello stesso

... e quello  
contrario

---

crediti] costituiscono patrimonio separato a tutti gli effetti da quello della società e da quello relativo alle altre operazioni. Su ciascun patrimonio non sono ammesse azioni da parte di creditori diversi dai portatori dei titoli emessi per finanziare l'acquisto dei crediti stessi”; e infine la riforma del diritto societario del 2003 la quale ha codificato l'istituto dei patrimoni destinati ad uno specifico affare (artt. 2447 *bis* ss. c.c.).

<sup>331</sup> Da alcuni si sostiene che la ratifica della Convenzione costituisca *ex se* una deroga espressa al primo comma dell'art. 2740 c.c., in coerenza con la previsione del II° comma (A. MOJA, *Trusts "interni" e società di capitali: un primo caso*, nota a Trib. Genova, 24 marzo 1997, in *Giur. comm.*, 1998, II, p. 774).

Da altri si nega che l'effetto segregativo dei beni costituenti il *trust* determini una violazione del primo comma del 2740, essendo tali beni idonei a fare parte del patrimonio inteso come garanzia generica del debitore-*trustee* (M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 576 ss.). Secondo questa impostazione, l'ammissibilità del *trust* e dell'effetto segregativo, non sarebbe messa in discussione dalla previsione dell'art. 2740 c.c., il quale sarebbe a tal riguardo “neutro” perché i beni oggetto del *trust fund* trasferiti dal *settlor* al *trustee* non sono definibili quali beni futuri, perché *ab origine* destinati a transitare nella sfera giuridica del *trustee* stesso, senza che ne patrimonializzi i frutti. In senso analogo, M. GRAZIADEI, voce *Trusts nel diritto anglo-americano*, in *Dig. disc. priv.*, 1999, p. 265.

<sup>332</sup> T. Belluno, 25 settembre 2002, in *Corr. giur.*, 2004, p. 57 (con nota di G. MARICONDA), in *Riv. not.*, 2002, p. 1538, (con nota di F. DOLZANI) e in *Trusts*, 2003, 255 (con nota di F. DI CIOMMO) che pone altresì a fondamento della propria ricostruzione i lavori preparatori della Convenzione relativi alla formulazione dell'art. 13.

senso v. gli articoli 16 e 18 posti a presidio delle norme inderogabili, di applicazione necessaria o di ordine pubblico dei vari ordinamenti). Né le numerose ipotesi legali di separazione e limitazione della responsabilità del debitore potrebbero giustificare una diversa soluzione, perché una serie di eccezioni non comportano l'abbattimento del principio codificato al comma 2 del citato articolo il quale, anzi, non potrebbe che confermare la riserva di legge a tutela dei creditori ivi contenuta<sup>333</sup>.

D'altra parte si nega che l'azione revocatoria sia strumento sufficiente per proteggere i terzi<sup>334</sup>.

#### 10.4. *Trust* e separazione patrimoniale: il compito del giurista

L'incertezza che risulta dalle considerazioni effettuate deve indurre gli operatori alla cautela e ciò, non virtù di una generale sensibilità, ma in adempimento di un dovere giuridico. In una recente sentenza della Cassazione<sup>335</sup> si legge, al riguardo, che nell'ambito del dovere di diligenza che caratterizza l'attività professionale sono compresi i "doveri di sollecitazione, di dissuasione ed in particolare di informazione, al cui adempimento il professionista è tenuto sia all'atto

---

<sup>333</sup> In questo senso, più di recente, F. GAZZONI, *Tentativo dell'impossibile*, cit., p. 13; ID., *In Italia tutto è permesso anche quel che è vietato (lettera aperta a Maurizio Lupoi sul trust e altre bagattelle)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 1247 ss.; C. CASTRONOVO, *Trust e diritto civile italiano*, in *Vita not.*, 1998, p. 1323; ID., *Il trust e "sostiene Lupoi"*, cit., p. 32 ss. Quest'ultimo Autore in particolare, da un lato sostiene come un *trust* che coinvolga il diritto italiano determini una violazione dell'art. 2740 per effetto della separazione dei beni nel patrimonio del *trustee*, dall'altro, però non individua nella nullità del *trust* ai sensi dell'art. 1418 c.c. la sanzione e la reazione prevista dall'ordinamento, perché, da un lato, sarebbe una nullità virtuale rimessa a "fluttuazioni ermeneutiche della giurisprudenza", dall'altro perché non si ha illiceità ove il contratto non violi un "preciso divieto di stipulazione" che per l'appunto non sussiste. La conseguenza di tale impostazione è che il contrasto con la norma imperativa non riguarda tanto l'atto istitutivo di *trust*, quanto alcuni degli effetti che con esso si intende raggiungere (*in primis* quello separativo) non dando luogo pertanto a "nullità, ma a semplice inefficacia del contratto per la parte contrastante con la norma imperativa".

*Contra*, A. GAMBARO, *Segregazione e unità del patrimonio*, in *Trusts*, 2000, p. 155; ID., *Proprietà (Diritto)*, in *Enc. Giur.*, 1997, p. 649 ss.; S. M. CARBONE., *Autonomia privata, scelta della legge regolatrice del trust e riconoscimento dei suoi effetti nella Convenzione dell'Aja del 1985*, cit., 145 ss.

<sup>334</sup> V. da ultimo con diverse soluzioni R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale*, Napoli, 2004, p. 274 ss.; P. IAMICELI, *Unità e separazione dei patrimoni*, Padova, 2003, p. 165 ss.; R. MONTANARO, *Trust e negozio di destinazione allo scopo*, Milano, 2004, p.325 ss.; AA.VV., *Destinazione dei beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, Milano, 2003.

<sup>335</sup> Cass., 30 luglio 2004, n. 14597, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2934, sulla diligenza dell'avvocato nell'adempimento dell'incarico professionale.

dell'assunzione dell'incarico che nel corso del suo svolgimento". Devono dunque essere prospettate al cliente le qualificazioni e "le questioni di fatto e/o di diritto rilevabili "ab origine" o insorte successivamente, ritenute ostative al raggiungimento del risultato o, comunque, produttive di un rischio di effetti dannosi" e ciò sino a sconsigliare l'inizio o la prosecuzione di attività con probabili esiti sfavorevoli.

La cautela certo non deve comportare un'attesa passiva ma una partecipazione attiva a quella "officina della prassi" dove si dovrà adattare la figura al nostro ordinamento e fare sì che si passi da un *trust* interno ad un *trust* di diritto interno. Ed è apprezzabile la posizione dei notai, portavoci di una esigenza di cautela nei confronti del *trust* interno e di richieste di interventi normativi che diano certezza<sup>336</sup>.

Si sollecita un'attenzione forte al negozio di destinazione dei beni allo scopo come atto che può consentire l'utilizzo interno del *trust* e questa linea è percorribile sulla base di diverse sollecitazioni, tra le quali si richiamano alcune di particolare rilevanza.

Anzitutto l'effetto indiretto della Convenzione che ha escluso la estraneità del *trust* all'ordine pubblico nazionale. Ma c'è di più.

All'interno dell'Unione Europea si tutela la libertà e l'iniziativa economica a livello sovranazionale. Ciascuno può convenire in giudizio il proprio Stato nazionale, qualora questo limiti l'esercizio di prerogative offerte dalla legislazione di un altro paese membro (in tal senso, v. il celebre caso *Centros*)<sup>337</sup>. In linea con tale orientamento sono le

*Trust e  
destinazione*

Il percorso da  
seguire

---

<sup>336</sup> Al riguardo, se da un lato il Consiglio Nazionale del Notariato con lo studio n. 80/2003/T della Commissione tributaria si è occupato della questione relativa a "Trust e imposte indirette", dall'altro con una lettera pubblicata il 22 febbraio 2004 su *Il Sole 24 Ore*, il Presidente del CNN, Antonio Mascheroni, precisava che "lo studio in questione non è destinato alla risoluzione del problema civilistico, ancora aperto, della validità dell'istituto e della sua opponibilità ai terzi. Il Cnn, da sempre attento e rispettoso delle varie opinioni della dottrina, non ha ritenuto di assumere alcuna posizione al riguardo, tenuto conto delle profonde diversità che intercorrono tra le varie soluzioni e impostazioni, nonché delle problematiche soprattutto in materia di pubblicità immobiliare".

È invece da sottolineare la sussistenza nello stesso CNN di una commissione interna con il compito di "proporre un intervento legislativo che, in materia di *trust*, è da più parti invocato, al fine di prevedere normativamente la rilevanza del fenomeno, disciplinandone conseguenze e forme di pubblicità (...) eliminando ogni alone di dubbio e opinabilità"; detta Commissione ha altresì quale oggetto del proprio studio ed approfondimento, l'ammissibilità e la ricostruzione dell'atto negoziale di destinazione di beni allo scopo, quale fattispecie alternativa al *trust*.

<sup>337</sup> *Centros Ltd. C. Erhvervs -og Selskabsstyrelsen (C-212/97)* sentenza del 9 marzo 1999, in *Foro it.*, 2000, parte IV, c. 318 sgg. Causa C-212-97, ed in *Dir. comm. sc. int.*, 1999, 488. Tale sentenza, in particolare, ha determinato un passo significativo

previsioni contenute nel capo XI del Titolo V del Libro V del Codice, sulle società costituite all'Estero e in particolare l'art. 2509<sup>338</sup> ai sensi del quale le società costituite all'interno dell'Unione europea non possono essere considerate straniere. Non solo. L'impianto del codice, imperniato su figure tipizzate di diritti e garanzie reali è fortemente in crisi mentre la tensione verso figure obbligatorie opponibili a terzi è in forte espansione<sup>339</sup>.

Se è così, di fronte all'atto costitutivo di un *trust* si deve valutare se nell'ordinamento esistono dati normativi che consentono di attribuire all'atto di autonomia un grado di rilevanza tale da realizzare la sua prevalenza su altri interessi incompatibili (si pensi al regime della trascrizione)<sup>340</sup>.

È in questa direzione che deve proseguire lo studio dell'atto di destinazione, nel tentativo di ricostruire un regime di opponibilità ai terzi senza perdere di vista la dimensione globale degli interessi coinvolti; notevoli passi avanti in tal senso sono stati fatti in materia edilizia e condominiale<sup>341</sup>.

Separazione patrimoniale, tutela dei creditori e autonomia privata

Nell'ambito della problematica relativa alla separazione patrimoniale ed alla insensibilità dei patrimoni imputabili al medesimo centro di interesse, resta da stabilire se tali effetti siano ammissibili con un atto di autonomia. Appare quantomeno dubbio che prevalga la sola volontà di conformazione sulla tutela dei terzi e creditori. In questa prospettiva, lo studio e la riflessione devono concentrarsi sull'art. 2740 c.c., sulla rilevanza giuridica dell'atto di destinazione, e sulle sanzioni predisposte dall'ordinamento (nullità ovvero, più correttamente, inefficacia della separazione).

In questa analisi, che tocca nel profondo le categorie del nostro sistema giuridico, occorre porre attenzione alle indicazioni che

---

nell'ambito della libertà di trasferimento della sede sociale nell'Unione Europea, superando una precedente giurisprudenza della CGCE (in particolare il c.d. caso *Daily Mail*, sentenza del 27 settembre 1988, in *Raccolta*, 1988, p. 5483).

<sup>338</sup> La Riforma del diritto societario del 2003 ha solo in parte modificato tale Capo; in particolare è stato aggiunto un nuovo articolo (2507 c.c.) rubricato "Rapporti con il diritto comunitario".

<sup>339</sup> V. al riguardo quanto osservato nei paragrafi precedenti.

<sup>340</sup> La "sfida" che si propone, è quella di "verificare sul piano del nostro sistema civilistico (...) la possibilità di dare giuridica realizzazione, mediante strumenti propri del diritto interno, a quegli assetti di interessi che in modo del tutto amorfo, l'art. 2 della Convenzione dell'Aja ha delineato", individuando la risposta nel "principio di atipicità che caratterizza il sistema degli atti di autonomia privata", così G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, p. 393.

<sup>341</sup> v. G. VETTORI, voce *Opponibilità*, in *Enc. Giur.*, cit.



provengono dalle leggi speciali, le quali rilevano non tanto per la quantità, quanto per la sostanza delle scelte in esse contenute, e per gli interventi qualitativamente sempre più rilevanti. Si pensi, da ultimo, ai patrimoni destinati ad uno specifico affare di cui agli artt. 2447-*bis* e ss. c.c., introdotti dalla riforma del diritto societario del 2003, quale strumento rimesso alla autonomia statutaria, ma ancor più al d.lgs. 21 maggio 2004, n. 170<sup>342</sup> il quale esclude l'applicazione del divieto di cui all'art. 2744 c.c. ai contratti di garanzia finanziaria, contratti che prevedono il trasferimento di proprietà in funzione di garanzia. La deroga è bilanciata e temperata dalla possibilità di rideterminare a posteriori eventuali eccedenze di valore della garanzia rispetto a quello dell'obbligazione garantita mediante il criterio della ragionevolezza (art. 8) e da una limitazione di tipo soggettivo a quei contratti i cui contraenti rientrano nelle categorie di cui all'art. 1 lettera d) numeri 1-4<sup>343</sup>. Da ultimo, l'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645-*ter* c.c.

Da ciò emerge un dato sistematico di estremo rilievo. L'esigenza dell'ordinamento di tutelare i creditori ed i terzi in genere abbandona la tecnica del divieto di un risultato (norma proibitiva) per intervenire invece sul procedimento, utilizzando la tecnica della ragionevolezza e del riequilibrio.

Tale indicazione di metodo deve essere analizzata e potenziata come criterio di interpretazione e come principio sistematico a cui unire la consapevolezza della derogabilità, nel nostro sistema, delle modalità di trasferimento (art. 1376 c.c.) che possono condurre assieme ad ammettere, in taluni casi, ipotesi di scissione di aspetti della titolarità.

Vi è, insomma, un cammino che ci avvicina agli effetti tipici del *trust* senza rotture e senza pensare che un mutamento radicale del sistema possa prodursi di colpo, con il richiamo di una legge straniera e per effetto di un'ambigua legge di ratifica. Certo dobbiamo essere grati a chi ha sollecitato l'attenzione sul tema; e credo anch'io che il *trust* unisca oggi studiosi ed operatori, nella fatica della comprensione e nell'analisi per arricchire il nostro ordinamento di uno strumento utilissimo.

---

<sup>342</sup> Si tratta del Decreto con il quale è stata data attuazione alla Direttiva 2002/47/CE in materia di contratti di garanzia finanziaria.

<sup>343</sup> Categorie che individuano soggetti istituzionali (autorità pubbliche, enti finanziari sottoposti a vigilanza prudenziale, banche centrali, società di gestione, organi di investimento collettivo in valori mobiliari ecc...) per i quali non si pone l'esigenza di tutelare un equilibrio di posizioni contrattuali e di evitare forme di asimmetria informativa.

## 10.5. Il trust nelle sentenze della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione ha di recente affrontato la problematica del trust in una serie di sentenze che ne precisano i contorni nel diritto interno. E' opportuno esaminarli ad uno ad uno.

### 1. La definizione e la soggettività della figura.

Il trust non costituisce un soggetto a sé stante ma non è altro che un insieme di beni e rapporti regolati dalle parti con un effetto di separazione patrimoniale ( v. Cass.9 maggio 2014 n. 10105). Basta ricordare l'art.2 della Convenzione dell'Aja del 1 luglio 1985, resa esecutiva in Italia con la legge 16 ottobre 1989 n. 364.

Con la parola trust si intendono “i rapporti giuridici istituiti da una persona ,il disponente –con atto tra vivi o *mortis causa*- qualora dei beni siano posti sotto il controllo di un *trustee* nell'interesse di un beneficiario o per un fine determinato”, caratterizzato dal fatto che “i beni in trust costituiscono una massa distinta e non sono parte del patrimonio del *trustee*” venendo essi “intestati al *trustee* o ad altro soggetto per conto del *trustee*”, che ha il potere e l'obbligo” (di cui deve rendere conto), di amministrare, gestire o disporre dei beni in conformità alle disposizioni del *trust* e secondo le norme imposte dalla legge al *trustee*”. Da qui una prima conclusione importante.

“Il *trust* non è un soggetto giuridico dotato di propria personalità ed il *trustee* è l'unico soggetto di riferimento nei rapporti con i terzi. Non un “legale rappresentante di un soggetto (che non esiste) ma un soggetto che dispone del diritto” ( così Cass.9 maggio 2014 n.10105 e il richiamo a Cass.22 dicembre 2011 n. 28363 in tema di sanzioni amministrative relative alla circolazione stradale). Sicchè l'effetto proprio del *trust* validamente costituito è di istituire un patrimonio destinato ad un fine prestabilito” ( Cass. n.10105 del 2014 cit.).

### 2. L'illiceità e la sua rilevabilità d'ufficio.

La Convenzione dell'Aja, “quale convenzione di diritto internazionale privato”, regola la possibilità di riconoscimento degli effetti in Italia di una figura tipica dei sistemi di *common law*, come si è esaminato. La convenzione dispone che l'eventuale riconoscimento comporta “ che il *trust* sia regolato dalla legge scelta dalle parti o da quella individuata secondo apposite regole ( artt.6-10);l'atto di trasferimento dei beni in trust è disciplinato invece dalla *lex fori* (art.4). In quel testo esistono limiti di efficacia per l'istituto che non è regolato in ogni ordinamento (art. 13,15 comma 1 lett.e, 16 e 18) e una regola di carattere generale. “Nessuno Stato è tenuto a riconoscere un trust i cui elementi

significativi, ad eccezione della legge applicabile, del luogo di amministrazione o della residenza abituale del trustee, siano collegati più strettamente alla legge di Stati che non riconoscono il trust o la categoria di trust in questione”.

Come si è precisato i beni vengono separati dal patrimonio del disponente, intestati ad un altro soggetto e restano separati anche dal patrimonio di quest'ultimo. Questo programma può essere naturalmente il più vario secondo gli interesse delle parti e il suo oggetto può riguardare un'attività o un'azienda che il trustee è obbligato ad eseguire o gestire secondo le direttive impartite.

Occorre perciò “esaminare al fine di valutare la liceità, le circostanze del caso di specie, da cui desumere la causa concreta dell'operazione: particolarmente rilevante in uno strumento estraneo alla nostra tradizione di diritto civile e che si affianca, in modo, particolarmente efficace, ad altri esempi di intestazione fiduciaria volti all'elusione di norme imperative” ( Cass. n.10105 del 2014).

Questo controllo di validità in base alle norme imperative e di ordine pubblico interno sono preliminari rispetto anche all'applicazione del diritto straniero prescelto che non può derogare a disposizioni di conformazione dell'atto di autonomia previste dal nostro ordinamento.

### 3. I vari profili dell'istituto esaminati dalla Corte di Cassazione.

La sentenza del 9 maggio 2014 n.10105 indica una serie di casi affrontati nella giurisprudenza di legittimità.

- a) Si è esaminata la figura di trust familiare che si articola nel compimento di un'attività multiforme e continua ( Cass.13 giugno 2008 n. 16022 che esamina i presupposti di un trust internazionale e non interno).
- b) Si è escluso l'esistenza di un patto successorio vietato (artt.458 e 589) in una disposizione di due soggetti volta a costituire un'unica fondazione istituita poi come erede, riflettendo anche sulla progressiva erosione del divieto proprio in virtù della Convenzione dell'Aja. (Cass. 8 ottobre 2008,n.24813).
- c) Si è negata la soggettività del trust in materia di sanzioni amministrative legate alla circolazione stradale ( Cass. 22 dicembre 2011, n.28363).
- d) Si è valutata l'ipotesi di una costituzione in trust al solo fine di consentire un risparmio fiscale (Cass. 19 novembre 2012,n.20254).
- e) Si è esaminato sotto il profilo penale la confisca di beni costituiti in trust in base ad una mera apparenza (Cass. pen. 24 gennaio 2011, n. 13276 ).

- f) Si è esaminata da ultima la figura del trust liquidatorio con cui si separa tutto il patrimonio aziendale per “provvedere in forme privatistiche, alla liquidazione dell’azienda”.

La Corte afferma che tale atto è nullo ai sensi dell’art.1418 c.c.” allorchè abbia ad effetto di sottrarre agli organi della procedura fallimentare la liquidazione dei beni in contrasto con le norme imperative concorsuali, secondo le espresse regole di esclusione previste dall’art.13 e art.15 lett.e della Convenzione dell’Aja del 1985. Aggiunge però alcune precisazioni rilevanti.

Occorre distinguere tre ipotesi 1) il trust viene concluso per sostituire in toto la procedura liquidatoria. 2) Il trust viene utilizzato quale alternativa alle misure concordate di risoluzione della crisi d’impresa ( trust endo-concorsuale). 3) il trust si sostituisce alla procedura ed impedisce lo spossessamento (trust anticoncorsuale).

Si conferma in tal modo il controllo sulla causa. Quando la causa concreta del trust “ sia quella di segregare tutti i beni dell’impresa a scapito di forme pubblicistiche quale il fallimento che detta dettagliate procedure e requisiti e requisiti di tutela dei creditori del disponente l’ordinamento non può accordarvi tutela”. Sicchè il trust “ deve essere disconosciuto dal giudice del merito, ogni volta che sia dichiarato il fallimento per essere accertata l’insolvenza del soggetto, ove l’insolvenza preesistesse all’atto istitutivo”. In tal caso il conflitto “ con la disciplina inderogabile concorsuale determina la stessa inesistenza giuridica del trust nel diritto interno”.

Altra è l’ipotesi ( riferibile al punto 2) in cui l’atto istitutivo del trust “ si inquadri nella logica della valorizzazione negoziale, che non contraddice la natura officiosa della procedura e la sua funzione di tutelare l’ordine economico, anche perché la soluzione concordata non investirebbe tutte le fasi dell’accertamento dei crediti, dell’acquisizione dell’attivo,del riparto, ma solo taluni momenti specifici”. ( Cass. n.10105 del 2014)

## 11. L'atto di destinazione trascrivibile ex art. 2645-ter c.c.

### 11.1. La norma e la sua *ratio*

L'art. 2645 *ter* modifica la disciplina dell'opponibilità degli atti, da sempre condizionata dalle esigenze e dalle idee del tempo, ma espressione nel nostro caso di un valore specifico che avvicina ordinamenti diversi sul tema della destinazione e della circolazione dei beni. Da qui la necessità di analizzare le radici di questa norma, il contenuto e le conseguenze<sup>344</sup>.

Ai sensi della novella infatti “gli atti risultanti da atto pubblico, con cui beni immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri sono destinati, per un periodo non superiore a novanta anni o per la durata della vita della persona fisica beneficiaria, alla realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, a pubbliche amministrazioni, o ad altri enti o persone fisiche ai sensi dell'articolo 1322, secondo comma, possono essere trascritti al fine di rendere opponibile ai terzi il vincolo di destinazione; per la realizzazione di tali interessi può agire, oltre al conferente, qualsiasi interessato anche durante la vita del conferente stesso. I beni conferiti e i loro frutti possono essere impiegati solo per la realizzazione del fine di destinazione e possono costituire oggetto di esecuzione, salvo quanto previsto dall'articolo 2915, primo comma, solo per debiti contratti per tale scopo”.

È difficile individuare la *ratio* dagli elementi della disposizione perché il contesto è ambiguo (si tratta del famoso decreto “mille proroghe”) e la modalità priva di dati significativi. Se non la fretta. Leggendo gli ultimi passaggi sull'iter di approvazione, questo emerge. Nulla di più<sup>345</sup>.

La storia, invece, aiuta come sempre, e consente di isolare, rispetto alla limpida e millenaria coerenza della figura del *trust*, l'evoluzione dell'atto di destinazione che ha un'origine molto più complessa.

Le origini della  
categoria della  
destinazione

---

<sup>344</sup> Al riguardo, da ultimo, v. il volume *Atti di destinazione e trust. Art. 2645-ter codice civile*, (cur.) G. VETTORI, Padova, 2007 ed *ivi*, in particolare, i contributi di G. VETTORI, G. PALERMO, P. SPADA, R. LENZI e U. LA PORTA.

<sup>345</sup> Si tratta della legge 23 febbraio 2006, n. 51, “Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, recante definizione e proroga di termini, nonché conseguenti disposizioni urgenti. Proroga di termini relativi all'esercizio di deleghe legislative” pubblicata in Gazzetta Ufficiale del 28 febbraio 2006 (in vigore dal 1° marzo 2006).

Le prime intuizioni e l'unità della categoria sono teorizzate in Germania, sul finire dell'Ottocento<sup>346</sup>. Quelle idee sono poi riprese in Italia<sup>347</sup> e rielaborate dalla letteratura sui singoli atti di destinazione, sulle cose e sul patrimonio, ma la conclusione è sempre stata netta fino ai nostri giorni. L'effetto di destinazione non è negoziabile perché non è consentito creare vincoli reali non previsti dalla legge<sup>348</sup>.

Anche la dottrina più attenta ed autorevole è molto precisa. Da un lato, si osserva che la destinazione è una variante dell'attribuzione e questo spiega lo sfavore verso atti di destinazione unilaterali opponibili che hanno natura precaria (vista la fonte), ed arbitraria (in mancanza di una funzione credibile)<sup>349</sup>. Dall'altro, si rileva che la separazione e l'opponibilità dipendono sempre dal contenuto e dal contesto di una norma che le autorizzi e l'atto di autonomia, privo o comunque non sorretto da quel riferimento, è irrilevante<sup>350</sup>.

La vera svolta la si ha, come è si è detto, con la ratifica della Convenzione dell'Aja<sup>351</sup> e con il dibattito che ne è seguito, in particolare

---

<sup>346</sup> Il riferimento è alla teoria dello *Zweckvermögen* di A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandektenrechts*, vol. I, II<sup>a</sup> ed. modificata, Erlangen, 1873 e il vol. III, parte II (*Das Zweckvermögen*), II<sup>a</sup> ed. modificata, Erlangen, 1888, in part. p. 453 ss., e di E. I. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts*, vol. I, Weimar, 1886, e ID., *Zur Lehre vom Rechtsobject: Genuß und Verfügung: Zweckvermögen und juristische Personen*, in *Jber. Jahrb.*, 12 (1872), p. 60. In questa riflessione, la destinazione imprime un effetto reale tale da sostituirsi alla tradizionale appartenenza di tipo soggettivo e sussume i casi in cui un'attribuzione patrimoniale s'indirizza ad uno scopo e non ad un soggetto: il patrimonio non appartiene ad alcuno (*ad aliquem*), ma è destinato ed appartenente ad uno scopo (*ad aliquid*).

<sup>347</sup> R. DONADIO, *I patrimoni separati*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Bari*, Bari, VI, 1943, p. 77; L. BIGLIAZZI-GERI, *A proposito di patrimonio autonomo e separato*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, II, in *Diritto privato*, 1, 1998, p. 110.

<sup>348</sup> P. SPADA, *Persona giuridica e articolazione del patrimonio: spunti legislativi recenti per un antico dibattito (rileggendo la manualistica istituzionale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, 6, p. 837 ss.; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni* (Intervento svolto al Convegno di studio in onore del Prof. A. FALZEA, *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, Messina, 4-7 giugno 2002), in *Riv. dir. civ.*, 2002, 1, p. 545; AA.VV., *Destinazione di beni allo scopo. Strumenti attuali e tecniche innovative*, a cura del Consiglio nazionale del notariato, Milano 2003; C.M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova 1996. In tema, più di recente G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, cit., p. 391 ss. e ID., *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, I, p. 155.

<sup>349</sup> P. SPADA, *Persona giuridica ed articolazione del patrimonio*, op.cit., p. 352-353.

<sup>350</sup> A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio nella prospettiva dei patrimoni separati delle società per azioni*, op. cit., p. 545 ss. ma v. anche R. QUADRI, *La destinazione patrimoniale. Profili normativi e autonomia privata*, Napoli, 2004.

<sup>351</sup> La ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 sul diritto applicabile ai trusts e sul loro riconoscimento del 16 ottobre 1985 è stata effettuata dall'Italia – primo fra gli

sulla possibilità di trascrizione del *trust* interno riconosciuta o negata in base ad una serie di argomenti diversi. Taluno valorizza il dato economico ed osserva che la Convenzione che ha recepito il *trust*, ha valore sostanziale e si basa su una precisa *ratio* di protezione degli investimenti finanziari per attrarre flussi di capitali in Italia, priva di una figura simile. Tale esigenza, si osserva, ha ispirato la ratifica che “non richiama espressamente l’art. 2643”, ma si presta ad un’interpretazione sistematica e adeguatrice sul punto <sup>352</sup>.

Si intuisce la reazione. La Convenzione ha solo un valore di norma di diritto internazionale privato e il sistema della trascrizione nel nostro ordinamento si basa sulla tipicità degli atti o delle conseguenze giuridiche<sup>353</sup>. Dunque è facile rispondere che in base agli articoli 2643 e 2645 la destinazione e la separazione per atto volontario non possono essere resi pubblici<sup>354</sup>. Ne segue l’impossibilità di trascrivere l’acquisto del *trustee*.

Anche la giurisprudenza è stata spesso chiamata a pronunciarsi su rifiuti o riserve apposti dai funzionari dell’Agenzia del Territorio alla trascrizione di atti di trasferimento dal disponente al *trustee* o di acquisto effettuati dal *trustee* nella sua qualità.

A fronte di un primo orientamento negativo, si assiste ad una diffusa ammissibilità della trascrivibilità del *trust* <sup>355</sup>. Al centro delle

---

ordinamenti di *civil law* – con legge 364 del 16 ottobre 1989 (in vigore dal 1° gennaio 1992).

<sup>352</sup> V. A. GAMBARO, *Notarella in tema di trascrizione degli acquisti immobiliari del trustee ai sensi della XV Convenzione dell’Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, II, p. 257 ss., la replica di F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, in *Riv. not.*, 2002, p. 1108 ss. e la replica di A. GAMBARO, *Un argomento a due gobbe in tema di trascrizioni del trustee in base alla XV Convenzione dell’Aja*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 918 ss.

<sup>353</sup> In particolare, F. GAZZONI, *Il cammello, la cruna dell’ago e la trascrizione del trust*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 953; ID., *Il cammello, il leone, il fanciullo e la trascrizione del trust*, cit., p. 1107; ID., *Tentativo dell’impossibile (osservazioni di un giurista “non vivente” su trust e trascrizione)*, in *Riv. not.*, 2001, p. 11.

<sup>354</sup> F. GAZZONI, *Il cammello, il leone, il fanciullo, e la trascrizione del trust*, op. cit., p.1110 ss.

<sup>355</sup> Trib. Chieti, 10 marzo 2000, in *Trusts*, 2000, p. 372, che ha ritenuto “ingiustificato il rifiuto della conservatoria dei registri immobiliari di trascrivere l’atto di compravendita immobiliare nel quale l’acquirente è un soggetto che acquista in qualità di *trustee*”.

Ancora, nel senso della trascrivibilità della qualità di *trustee* da riportarsi nel quadro “D” della nota di trascrizione Trib. Bologna, 18 aprile 2000, in *Trusts*, 2000, p. 372 ed in *Notariato*, 2001, p. 45, con nota di A. TONELLI; App. Firenze, 9 agosto 2001, cit.; Trib. Pisa, 22 dicembre 2001, in *Trusts*, 2002, p. 241 che accoglie il ricorso presentato da un notaio che, ex art. 2674-*bis* c.c. e 113 disp. att. c.c., chiede al giudice di ordinare la cancellazione della riserva con cui la conservatoria dei registri immobiliari territorialmente competente aveva trascritto un *trust* interno. V. inoltre i decreti del Tribunale di Milano del 20 ottobre 2002, in *Trusts*, 2003, p. 270 per il quale “l’atto istitutivo di *trust* su beni immobili deve ritenersi trascrivibile, in applicazione analogica

argomentazioni a favore è il riferimento all'art. 12 della Convenzione<sup>356</sup> e la consapevolezza per la quale gli elementi strutturalmente più significativi del *trust* sono rappresentati dalla separatezza del *trust fund* rispetto al patrimonio del *trustee* con i conseguenti limiti alla aggressione da parte dei creditori personali di quest'ultimo anche in caso di fallimento, e dalla esclusione dalla successione e dal regime patrimoniale della famiglia. Nel diritto interno la trascrizione nei pubblici registri immobiliari configura "l'unico strumento apprestato ai fini dell'opponibilità delle vicende circolatorie dei relativi diritti" e, dunque, l'unico strumento per garantire l'effetto segregativo di cui all'art. 11 della Convenzione. Né la disciplina codicistica sulla trascrizione (artt. 2643 ss.) è ritenuta ostativa ai sensi dell'ultima parte del citato art. 12, anche perché, ove si ritenesse il contrario, "verrebbe a cadere qualsiasi effetto al "riconoscimento" che lo Stato italiano ha operato dell'istituto del *trust* con la sottoscrizione e la successiva ratifica della Convenzione dell'Aja, atteso che, senza trascrizione, non potrebbe trovare alcuna applicazione"<sup>357</sup>. Viene così rigettata l'argomentazione della tassatività degli atti trascrivibili alla luce di una lettura elastica dell'art. 2645 c.c. quale norma che attribuisce specifica ed esclusiva rilevanza al mutamento giuridico che gli atti producono, indipendentemente dalla natura dell'atto dal quale deriva, in un contesto ove, si osserva, lo stesso concetto di 'trasferimento della proprietà' di cui al n. 1 dell'art. 2643 c.c. non appare più del tutto univoco.

---

dell'art. 2647 c.c., trattandosi di figura assimilabile al fondo patrimoniale", e di Verona dell'8 gennaio 2003, *Trusts*, 2003, p. 409.

Si richiama inoltre, per il sistema tavolare la pronuncia del Tribunale di Trento-Cavalese, 20 luglio 2004, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, 40, p. 1406 che, contrariamente alla citata pronuncia del Trib. Belluno 25 settembre 2002, ha ritenuto ammissibile l'annotazione dell'atto istitutivo di *trust* nel registro tavolare, ciò in quanto "a seguito della ratifica della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985, il *trust* interno istituito in conseguenza della scelta del disponente, libera e legittima ex art. 6 della convenzione, di una legge regolatrice idonea, deve essere riconosciuto, con la conseguenza che l'effetto segregativo proprio del *trust* deve essere portato a conoscenza dei terzi per mezzo dell'annotazione nei pubblici registri; pertanto, non sussistendo disposizioni espresse o principi generali che importino un divieto di trascrizione del *trust*, può essere ordinata l'annotazione dell'atto istitutivo nel registro tavolare".

<sup>356</sup> Ai sensi di tale norma "il *trustee* che desidera registrare i beni mobili e immobili, o i documenti attinenti, avrà facoltà di richiedere la iscrizione nella sua qualità di *trustee* o in qualsiasi altro modo che riveli l'esistenza del *trust*, a meno che ciò non sia vietato o sia incompatibile a norma della legislazione dello Stato nel quale la registrazione deve aver luogo".

<sup>357</sup> Trib. Bologna, 18 aprile 2000, cit.



Passi in avanti si sono compiuti nello sforzo di adattamento del *trust* alle categorie civilistiche e all'atto di destinazione. Si è osservato che il mandato e altri atti, da realizzare con il verificarsi di fatti successivi, sono già adesso dotati di efficacia esterna nel nostro ordinamento<sup>358</sup> e questo induce ad isolare una generale *ratio* che, seguendo l'evoluzione del sistema, implica la possibilità di riconoscimento della produzione di effetti idonei alla piena soddisfazione della finalità di destinazione programmata<sup>359</sup>.

La direzione è stata tracciata, con grande lucidità, ma l'esito è rimasto incerto per un motivo preciso.

La conformazione delle legislazioni soggettive in ordine alla *res* ed al patrimonio segue le cose, incide sulla circolazione, coinvolge gli interessi di tutti ed è per questo un'attività, fra le più sensibili alla variazione degli interessi collettivamente rilevanti<sup>360</sup>. Sicché fino a quando esiste una forma di potere organizzata non può che spettare alla legge, il giudizio sulla prevalenza di alcuni fatti su altri, e la soluzione dei conflitti, temperando le esigenze di ordine e le manifestazioni della individualità che prendono forma in situazioni soggettive, nella conformazione delle cose e nella circolazione dei beni<sup>361</sup>.

La norma ora esiste (art. 2645-*ter* c.c.) ed occorre confrontarla con ciò che era desiderabile e con ciò che altri Paesi hanno fatto o stanno per fare.

Cominciamo dal primo aspetto. Per alcuni era sufficiente la Convenzione dell'Aja e non necessaria una soluzione nazionale, in ossequio ad uno *shopping* delle regole che sarebbe la più funzionale tecnica di soluzione degli interessi rilevanti delle parti, in un mercato globale ordinato da leggi economiche prive di confini<sup>362</sup>.

---

<sup>358</sup> Sul punto, F. ALCARO, *Mandato e attività professionale*, Milano, 1988; A. LUMINOSO, *Mandato, commissione, spedizione*, Milano, 1984; F. ALCARO, R. TOMMASINI (a cura di), *Mandato, fiducia e trust: esperienze a confronto*, Milano, 2003.

<sup>359</sup> V. in particolare G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del "trust interno" alle categorie civilistiche*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, p. 134 ss.; ma anche U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli, 1994, p. 50 ss.

<sup>360</sup> V. le illuminanti osservazioni di F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, cit., p.63 ss.

<sup>361</sup> F. ROMANO, *op. loc. cit.*

<sup>362</sup> F. GALGANO, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Bologna, 1995; ID., *Diritto ed economia alle soglie del nuovo millennio*, in *Contr. e impresa*, 2000, 1, p. 189 ss.

A ben vedere gli organi comunitari non si sono mossi affatto verso questa direzione; il Parlamento Europeo nel 2001<sup>363</sup>, e la Commissione nel 2003<sup>364</sup> hanno emanato atti non impegnativi, ma di indirizzo verso la ricerca di una soluzione uniforme; e ciò non per astratta propensione all'unità, ma perché una regola, frutto di un'osmosi tra culture diverse, è la tecnica più efficiente per costruire uno strumento utilizzabile all'interno di un mercato comune.

Su questa linea si è mossa da tempo la Francia. Da oltre dieci anni si è avvertita la necessità di introdurre una figura di contratto fiduciario simile al *trust* e, di recente, si è proposto di introdurre un titolo (*De la fiducie*) nel III Libro sui modi di acquisto della proprietà<sup>365</sup>. Il progetto si presentava assai analitico: si doveva menzionare espressamente l'interesse fiduciario; vi era un divieto per il disponente di assumere la qualità di fiduciario, come antidoto alla frode. E si sono inserite una serie di discipline sui poteri, i diritti e gli obblighi nell'ambito di un contratto regolamentato ed inserito nel *Code civil*<sup>366</sup>.

A tale progetto è seguita la *loi* n. 2007-211 del 19 febbraio 2007 *instituant la fiducie* che presenta alcune differenze rispetto al progetto iniziale ed alla vocazione generale che caratterizzava il nuovo istituto<sup>367</sup>. Oltre alla riduzione del numero degli articoli (da 33 a 18), la formulazione finale ha visto sensibilmente limitata la possibilità di ricorrere a tale contratto attraverso l'individuazione di precise qualità soggettive sia dei *constituants*<sup>368</sup> che dei *fiduciaires*<sup>369</sup>, incidendo così sull'operatività dell'istituto e sulle finalità che lo stesso può perseguire. Ad ogni modo nell'impianto codicistico è ora inserita la nuova figura della *fiducie*, ovvero il contratto con il quale il fiduciante trasferisce beni o diritti (o una universalità degli stessi) al fiduciario, il quale agisce per

La scelta francese.

Il contratto di *fiducie*

<sup>363</sup> Risoluzione del Parlamento europeo sul ravvicinamento del diritto civile e commerciale degli Stati membri del 15 novembre 2001 (COM(2001) 398 - C5-0471/2001 - 2001/ 2187(COS)).

<sup>364</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio - Maggiore coerenza nel diritto contrattuale europeo - Un piano d'azione [COM(2003) 68 def. - Gazzetta Ufficiale 63 del 15.03.2003].

<sup>365</sup> Si tratta del Progetto di legge presentato l'8 febbraio 2005 e sottoposto all'esame del Senato, reperibile all'indirizzo <http://www.senat.fr/leg/pp104-178.html>, che ha sostituito il precedente presentato al *Bureau de l'Assemblée Nationale* il 20 febbraio 1992.

<sup>366</sup> v. A. NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, in *Trusts*, 1, 2006, p. 69 ss.

<sup>367</sup> V. S. MEUCCI, *Contratto di fiducie, destinazione e trust: l'evoluzione dell'ordinamento francese nel quadro europeo*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 4, p. 829 ss.

<sup>368</sup> Legittimati a costituire la fiducia sono le sole persone giuridiche soggette per legge o per scelta all'imposta sulla società.

<sup>369</sup> Possono assumere la qualità di fiduciari gli istituti di credito ed altri istituti (società di investimento, imprese assicuratrici) il cui dato comune consiste nel regime di controllo apprestato dalla relative leggi speciali (art. 2015 *Code civil*).

la realizzazione di uno specifico scopo (*but déterminé*) stabilito dal costituente a vantaggio di uno o più beneficiari che possono anche coincidere con una delle parti contrattuali. Il fiduciario è tenuto a gestire i beni per lo scopo indicato e, al termine del contratto, a ritrasferirli al costituente o al beneficiario. La principale novità consiste nella separazione dei beni trasferiti dal restante patrimonio del fiduciario e l'aggredibilità degli stessi da parte dei soli creditori che hanno il fondamento del proprio diritto nella conservazione o gestione del patrimonio medesimo per lo scopo determinato, fatte salve le ipotesi di creditori privilegiati la cui garanzia sia sorta a norma di legge antecedentemente il contratto o di *fraude* a danno degli stessi.

Il trasferimento determina dunque un *patrimoine d'affectation* distinto sia dal patrimonio generale del fiduciario che da eventuali altri patrimoni separati.

Nella scia dei progetti che hanno preceduto la legge, il nuovo istituto è costruito intorno alla struttura contrattuale, escludendo così il ricorso al negozio unilaterale o, ancora, alla fiducia testamentaria, ipotesi comunque non ammissibile stante la limitazione soggettiva in ordine alla figura del fiduciante.

La nostra fattispecie segue un modello completamente diverso. In poche righe si disciplina la trascrizione, il riconoscimento e gli effetti del vincolo, la forma e la separazione patrimoniale. Il risultato è un ampio tipo di effetto e di atto che può essere trascritto, perché la descrizione legale fa riferimento alla destinazione di un bene, immobile o mobile registrato, per la realizzazione di un interesse meritevole di tutela e riferibile a disabili, Pubbliche Amministrazioni, Enti o persone, senza delimitare la qualità del vincolo e le sue conseguenze, oltre un dato temporale. Da qui l'esigenza di precisare i presupposti e il contenuto di questo effetto.

## 11.2. I presupposti e il contenuto dell'effetto

Meritevolezza  
dell'interesse  
destinatario

Per quanto concerne la meritevolezza<sup>370</sup> le opinioni sono diverse ma la soluzione sembra provenire direttamente dalla norma, la quale non è concepita per esigere valutazioni funzionali di prevalenza dell'interesse

---

<sup>370</sup> In tema di meritevolezza di interesse, da ultimo, F. DI MARZIO, *Il contratto immeritevole nell'epoca del postmoderno*, in (a cura di) F. Di Marzio, *Illiceità, immeritevolezza, nullità*, Napoli, 2004, p. 120 ss; ID., *Appunti sul contratto immeritevole*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 305; A. GUARNERI, *Meritevolezza dell'interesse*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XI, Torino 1994, p. 324; ID., *Meritevolezza dell'interesse e utilità sociale del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1994, I, p. 799.

del disponente rispetto a quello dei creditori danneggiati dalla separazione dei beni oggetto del vincolo<sup>371</sup>.

Ma sul punto la dottrina non è certo unanime ed occorre tener conto della pluralità delle opinioni espresse.

A fronte di chi non trova ragioni per limitare il significato della meritevolezza codicistica nella sua pratica attuazione<sup>372</sup>, vi sono state opinioni nettamente diverse.

Alcuno distingue la destinazione obbligatoria e la fattispecie trascrivibile che richiede un interesse meritevole tratto da una “valutazione comparativa tra interesse sacrificato in tal modo (dei creditori generali) e l’interesse realizzato con l’atto di destinazione”. Indagine questa da operare in base “alle classi di interesse prese in considerazione dalle numerose e varie norme istitutive di patrimoni separati”. Sicché l’interesse sarebbe meritevole solo quando “l’interesse perseguito con l’atto di destinazione appartenga alla stessa classe degli interessi rispetto ai quali è consentita dalla legge la costituzione di un vincolo di destinazione”<sup>373</sup>. Così si separa in modo inconcepibile l’atto e la norma che ne prevede la trascrizione come se questa non fosse un indice da sempre ritenuto essenziale al fine qualificare un atto come reale o obbligatorio. Ma c’è di più. Si attribuisce alla norma l’effetto non primario ma secondario di consentire la trascrizione ad atti già ritenuti trascrivibili e all’interprete una decisione su di un parametro, come la classe dei creditori, pensato per ben altri scopi. Il tutto attraverso l’attribuzione di significato della meritevolezza dell’interesse<sup>374</sup>.

Altri motivano la medesima conclusione con termini e sensibilità diverse. C’è chi ricorda che la formula dell’art. 1322 c.c. è legata storicamente all’“idea bettiana sulla causa (...) nella versione fascista” che ammette la tutela dell’autonomia privata solo in quanto persegua funzioni socialmente utili consone all’ordinamento del tempo. Ciò si rafforza dicendo che dal 1942 ad oggi una sola sentenza, poi riformata,

Le opinioni  
della dottrina

---

<sup>371</sup> G. VETTORI *Atti di destinazione e trust*, in *Atti di destinazione e trust (art. 2645-ter cod. civ.)*, Padova, 2007; ID., *Atto di destinazione e trust: prima lettura dell’art. 2645-ter*, in *Obb. contr.*, 2006, p. 777 ss.

<sup>372</sup> G. OPPO, *Riflessioni preliminari*, in *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, a cura di C.M. BIANCA, Milano, 2007, p. 13; A. DI MAJO, *Il vincolo di destinazione tra atto ed effetto*, ivi, p. 114; G. VETTORI, *Atto di destinazione e trascrizione. L’art. 2645-ter*, ivi, p.171 ss.

<sup>373</sup> Così M. NUZZO, *Atto di destinazione e interessi meritevoli di tutela*, in *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, cit., p. 68.

<sup>374</sup> Aderisce a tale tesi in modo acritico C.M. BIANCA, *Conclusioni*, in *La trascrizione dell’atto negoziale di destinazione*, cit., p. 191. L’A. osserva che non si può “negare al notaio la capacità di verificare se l’interesse perseguito dal conferente sia un interesse serio e socialmente apprezzabile”. Il problema è un altro. Io credo che tale giudizio non di legittimità ma di merito non competa al notaio in base ai presupposti stessi della sua funzione e dell’assetto dei poteri in uno Stato di diritto.

ha ritenuto un contratto atipico lecito ma immeritevole di tutela<sup>375</sup>. Ma la conclusione è sorprendente. Per evitare il riconoscimento di interessi leciti ma futili si limita la portata della norma alla realizzazioni di sole funzioni di pubblica utilità. Con quale aggancio al testo e alla *ratio* della norma non è facile comprendere.

Altri ancora osservano che la sola liceità dell'interesse non sarebbe compatibile con il sistema che addirittura sarebbe in tal modo "svenduto". Sicché per evitare tale esito il nuovo istituto dovrebbe essere interpretato con "una lettura intellettualmente severa ed eticamente rigorosa del materiale normativo" volta a limitare la destinazione opponibile "all'autonomia privata della solidarietà" e a interdire "l'autonomia privata dell'opportunità e quella mercantile per prima ed innanzi alle altre"<sup>376</sup>.

Tali opinioni tuttavia non tengono nel debito conto la natura e l'attualità del giudizio causale da un lato, e l'evoluzione della proprietà e della circolazione dei beni, dall'altro. Occorre soffermarsi brevemente sull'uno e l'altro aspetto per ribadire una diversa lettura. Cominciamo dal primo.

È facile rintracciare le radici di un preciso indirizzo ideologico che si stava affermando in Italia e in Germania. Muta il rapporto fra Stato e cittadino rispetto alla codificazione francese. Emerge lo Stato corporativo, accentratore e dirigista in economia. Lo Stato fissa le finalità da raggiungere. È tutelata la libertà di iniziativa privata, ma il suo ruolo primario è il perseguimento delle finalità generali. Sicché l'autonomia deve perseguire uno scopo socialmente apprezzabile coerente con una finalità unica chiaramente indicata.

Si capisce come il regime si appropri della causa, in quanto strumento perfettamente in linea con la sua politica che richiede un controllo in tutte le fasi in cui si pone un problema di ricchezza e di circolazione. Alla causa viene attribuito un ruolo di controllo per stabilire se i fini e gli interessi privati dei contraenti siano coerenti con quelli generali fissati dall'ordinamento corporativo e l'agire dei contraenti è lecito, non solo se non è contrario all'ordinamento pubblico, buon costume, norme imperative, ma anche se si faccia portatore di finalità generali fissate dall'ordinamento giuridico divenendo elemento della realizzazione di queste. La relazione al codice del 1942 è chiarissima<sup>377</sup>: "la causa è funzione, che deve essere lecita, ma deve rispondere alla necessità che il fine intrinseco del contratto sia socialmente

---

<sup>375</sup> F. GAZZONI, *Osservazioni*, in *La trascrizione dell'atto negoziale di destinazione*, cit., p. 215.

<sup>376</sup> P. SPADA, *Conclusioni*, *op. ult. cit.*, p. 203.

<sup>377</sup> Relazione ministeriale al Codice civile, Relazione al Re-Imperatore del Ministro Guardasigilli al Libro del Codice Civile "Delle obbligazioni", Torino, 1941, n. 8.

apprezzabile”: quindi ci deve essere una coerenza tra il fine intrinseco del contratto e il valore sociale.

È evidente che cosa è cambiato.

La Carta Costituzionale ridisegna in modo totalmente diverso i rapporti tra individuo e Stato, tra libertà e ordine sociale, tra contratto e legge, tra iniziativa economica privata e controlli.

Basta leggere qualche articolo per rendersi conto del profondo mutamento.

L’art. 2 fonda la legittimità del nuovo Stato sui diritti inviolabili. Gli artt. 41 e 42, disciplinano la proprietà e “*l’iniziativa economica privata che è libera e non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale*”. Scompare l’idea di funzione. L’interesse individuale non deve contrastare con l’utilità sociale, ma non c’è affatto alcuna finalizzazione dell’interesse privato all’interesse sociale: l’ordine si capovolge. Nella Costituzione non è prefissato un fine o un obiettivo come l’unico giusto. Spetta agli organi preposti ad individuare l’indirizzo politico, espresso da un sistema plurale, stabilire, di tempo in tempo, limiti e possibilità all’agire dei privati in una cornice predefinita di diritti, principi e doveri. Muta completamente il rapporto tra Stato e individuo, tra contratto e legge. Il contratto è strumento di libertà, l’iniziativa “non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, libertà e dignità umana” (art. 41, comma 2 Cost.).

Il nuovo ordine non può non incidere anche sulle regole della circolazione dei beni, ma il pensiero stenta a cogliere i dati ordinanti di una società mutata nel profondo.

Frammentazione e dematerializzazione sono i tratti visibili del mutamento dell’assetto proprietario determinato dalla produzione culturale di Oltreoceano e da un’analisi economica sempre più penetrante che avvicina i sistemi. La distinzione fra l’assetto di *civil law* basato sulla unicità e astrazione del *dominium* e la millenaria tradizione di *common law* imperniata su di una proprietà intesa “come fascio di prerogative” rappresenta solo una visione storica. Ed è proprio la figura del *trust* progressivamente penetrato nei sistemi continentali ad avvicinare i due ordini sino a compenetrarli fra loro. Dalla proprietà si transita logicamente alla struttura del mercato e alla circolazione dei beni. Non fosse altro perché contratto e proprietà servono strutturalmente a fondare il mercato<sup>378</sup>.

---

<sup>378</sup> U. MATTEI, *Regole sicure*, Milano, 2006, p. 232; A. GAMBARO, *Dalla new property alle new properties (Itinerario, con avvertenza, tra i discorsi giuridici occidentali)*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia - Convegno di studio in onore del Prof. Angelo Falzea*, Messina 4-7 giugno 2002, (a cura di) V. Scalisi, Milano, 2004, p. 675 ss.

Ciò osservato, quanto al significato del giudizio di meritevolezza di cui all'art. 2645-ter, una soluzione sembra provenire direttamente dalla interpretazione letterale della norma. La quale richiama l'art. 1322, ma precisa che la "meritevolezza" è unita alla "riferibilità ad un interesse" di soggetti disabili, della Pubblica Amministrazione, di Ente o di persone. Di tal che la riferibilità rinvia ad un interesse soggettivo di qualsiasi natura, patrimoniale o non patrimoniale, anche di carattere individuale, per cui la meritevolezza è rivolta e affermata in ordine ad una valutazione di un interesse che non deve nel testo essere prevalente rispetto ad altri interessi. Di più.

Nella proposta della Commissione Giustizia si dice espressamente che si è usato questo riferimento alla meritevolezza perché nella giurisprudenza prevalente il termine equivale a non illiceità<sup>379</sup>.

Non solo. C'è un altro argomento di rilievo. Un filtro di meritevolezza dell'interesse, affidato al notaio o al giudice, non è coerente con l'equilibrio istituzionale fra *iurisdictio* e *legislatio* in uno Stato di diritto, basato sul principio di legalità perché il giudizio di conformazione della *res* e del patrimonio spetta solo e soltanto alla legge per esigenze di certezza e di ordine.

Il significato  
del giudizio di  
meritevolezza

Attribuire ad un interprete qualificato come il giudice, o ad un interprete professionale, ma non espressione di un assetto istituzionale, come il notaio, un giudizio di prevalenza degli interessi in ordine a tali aspetti non è conforme ad una differenziazione dei poteri e delle rispettive funzioni in ordine alla circolazione dei beni.

Certo l'interprete potrebbe seguire alcuni parametri oggettivi nel prevedere la prevalenza dell'interesse alla destinazione rispetto ad un interesse dei creditori, come la classe dei creditori o altri dati di tipicità sociale. Il ragionamento è del tutto plausibile, ma credo che la legge abbia seguito un'altra modalità di individuazione dell'interesse meritevole.

Vi deve essere l'espressa indicazione dell'interesse: *l'expressio causae*. Si dovranno rispettare le norme inderogabili e i principi di ordine pubblico e buon costume che delimitano la destinazione e circolazione dei beni nei vari settori (familiari, successori, societari, finanziari), ove la destinazione è prevista. Tutto ciò nel rispetto delle esigenze formali

---

<sup>379</sup> Si tratta del parere espresso dalla Commissione Permanente di Giustizia in data 28 maggio 2005, reperibile all'indirizzo <http://www.camera.it/dati/leg14/lavori/bollet/200506/0628/pdf/02.pdf>.

che rafforzano la volontà e sorreggono l'effetto, nell'ambito ed in conformità del sistema costituzionale<sup>380</sup>.

Il controllo di legittimità, insomma, consuma la valutazione di meritevolezza, da fissare nei singoli settori di ordinamento ove gran parte della giurisprudenza, teorica e pratica, non va oltre un giudizio che consente di affermare che quello specifico interesse non è contrario a quanto prevede l'art. 1343 c.c. e alle norme di protezione di una posizione individuale o collettiva espressamente riconosciuta dal sistema.

Se così è il notaio ha un controllo sull'atto di destinazione analogo a qualsiasi altro del suo ufficio<sup>381</sup> senza esser tenuto ad una valutazione di merito che non ha né la possibilità, né il dovere di compiere.

Eventuali dubbi sulla scelta normativa che consente la separazione patrimoniale e l'opponibilità di ogni vincolo di destinazione volontario e lecito possono solo essere oggetto di un controllo da affidare ai Giudici della legge, senza forzare ciò che essa dice o privarla del suo contenuto impegnativo.

### **11.3. L'opponibilità: le obbligazioni reali e i limiti al potere di disposizione**

Il contenuto della norma deve essere precisato senza confondere ancora realtà ed opponibilità, che non dipende dalla natura del diritto, ma dalla rilevanza del titolo. In base ad essa l'ordinamento isola e potenzia alcune situazioni soggettive che, pur non reali, hanno acquisito un accentuato valore sociale<sup>382</sup>. Nel nostro caso è accaduto proprio questo. La norma individua nell'atto di destinazione meritevole un titolo che assume una rilevanza prevalente su altri atti incompatibili ed è perciò opponibile.

---

<sup>380</sup> Individua nel sistema costituzionale il riferimento per operare la selezione degli interessi di destinazione, G. GABRIELLI, *Vincoli di destinazione importanti separazione patrimoniale e pubblicità nei registri immobiliari*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 3, p. 321 ss.

<sup>381</sup> In merito al controllo di legalità svolto dal Notaio ed all'applicabilità dell'art. 28 della Legge Notarile, da ultimo, A. GENTILI, *Atti notarili "proibiti" e sistema delle invalidità*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 255; C. DONISI, *L'art. 28 della legge notarile: baricentro della professione*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 75; P. ZANELLI, *La nullità "inequivoca"*, in *Contr. impr.*, 1998, p. 1259; A. DI MAJO, *La nullità "non equivoca"*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1159 ss.

<sup>382</sup> G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano, 1988; ID., voce *Opponibilità*, cit., p. 1 ss.



Questa precisa consapevolezza ha conseguenze importanti sui limiti al potere di godimento e sulle obbligazioni reali<sup>383</sup>. Iniziamo da queste ultime situazioni. Come già rilevato, alcuni autori vorrebbero escludere, in base ad un'asserita tipicità, la possibilità di consentire la destinazione, quindi l'opponibilità di essa ai sensi di questa norma<sup>384</sup>. Ma con ciò si trascura l'ambiguità storica delle obbligazioni reali, che è risolta dalla norma.

Come abbiamo visto, fra la realtà e l'obbligatorietà dai contorni schematici e rigidamente formalizzati si è a lungo teorizzata una zona grigia, le obbligazioni reali, appunto<sup>385</sup>.

La norma, forse inconsapevolmente, si pone in continuità con quel filo storico e lo interrompe, riconoscendo la possibilità di trascrivere obblighi accessori al contenuto di un diritto reale che rientrino in una destinazione della *res* ammessa e riconosciuta.

Del resto il principio di tipicità delle obbligazioni reali, affermato da alcune sentenze sino agli anni '90<sup>386</sup>, è negato in assoluto da una sentenza della Corte di Cassazione del 2003<sup>387</sup> e la legge fa chiarezza in modo del tutto apprezzabile.

Quanto ai limiti al potere di disposizione è possibile ancora spingersi più avanti, ma con cautela.

Si è osservato<sup>388</sup> che la “norma prevede un vero e proprio divieto convenzionale di alienazione opponibile ai terzi se trascritto. Gli atti

La trascrizione  
del vincolo

---

<sup>383</sup> Sul punto, C.A. FUNAIOLI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem: a proposito della distinzione fra diritti di credito e diritti reali*, Milano, 1953; L. BIGLIAZZI-GERI, *Oneri reali e obbligazioni propter rem*, Milano, 1984.

<sup>384</sup> v. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 2, p. 189 ove si distingue fra vincolo di destinazione e *obligationes propter rem* che “non disciplinano la destinazione oggettiva del bene, ma pongono obbligazioni a carico anche dei futuri proprietari dell'immobile. Risultato questo che non può essere rimesso all'autonomia privata”. La interpretazione della norma e la distinzione fra obbligazioni reali e vincolo di destinazione appare rigida e lontana dalla casistica più diffusa. Si pensi ai vincoli di non mutare la destinazione di un immobile, da sempre oscillante fra la disciplina delle obbligazioni e delle servitù.

<sup>385</sup> Sul punto G. VETTORI, voce *Opponibilità*, op. cit.

<sup>386</sup> In via esemplificativa, Cass., sez. II, 20 agosto 1993, n. 8797, in *Repertorio Foro it.*, 1993, voce *Obbligazioni in genere* [4500], n. 23; Cass., sez. II, 02 gennaio 1997, n. 8, in *Corriere giur.*, 1997, p. 556, la cui massima così recita “Le obbligazioni propter rem, oltre che dalla accessoria e dalla ambulatorietà dal lato soggettivo passivo, sono caratterizzate, al pari dei diritti reali, dal requisito della tipicità, con la conseguenza che non possono essere liberamente costituite dall'autonomia privata, ma sono ammissibili soltanto quando una norma giuridica consente che in relazione ad un determinato diritto reale e in considerazione di esigenze permanenti di collaborazione e di tutela di interessi generali il soggetto si obblighi ad una prestazione accessoria, che può consistere anche in un *facere*”.

<sup>387</sup> Cass., sez. I, 6 marzo 2003, n. 3341, in *Giust. civ.*, 2004, I, 2825.

<sup>388</sup> G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, cit., p. 199.

posti in essere in violazione del vincolo trascritti successivamente non possono essere opposti al beneficiario del vincolo di destinazione”. Ciò pone un problema di confronto con l’art. 1379 che va coordinato con il testo dell’art. 2645-*ter* che indica termini di efficacia e di trascrivibilità. La norma sui divieti di alienazione, come è noto, era già stata derogata in modo espresso o indiretto in una serie di ipotesi: per le prelazioni e i divieti negli statuti societari (artt. 2355, 2470, 2530 c.c.), per i limiti alla cessione dell’usufrutto (art. 980 c.c.), per i “vincoli di indisponibilità contenuti nei regolamenti della comunione”<sup>389</sup>. Ebbene, l’art. 2465-*ter* c.c. in termini più generali attribuisce maggior meritevolezza alla destinazione rispetto alla libera circolazione dei beni.

Il che riapre e dà argomento maggiore al riesame dell’efficacia relativa o assoluta di alcuni vincoli come l’opzione e la prelazione.

Già la trascrizione del preliminare, secondo alcuni, avrebbe consentito di trascrivere altre fattispecie preparatorie<sup>390</sup>. Il dibattito è tuttora in corso. Si è notato che nell’opzione, chi concede tale diritto ha già definitivamente prestato il proprio consenso traslativo<sup>391</sup>, sicché non si può escludere la trascrizione ora che essa è consentita per il solo obbligo di contrarre.

Nella prelazione il discorso è diverso, a meno che non si qualifichi il patto come un preliminare unilaterale: il promittente ha solo un obbligo di preferire, ma quando ha manifestato irrevocabilmente la volontà di contrarre diviene attuale il dovere di trasferire il bene al preferito e si può ipotizzare una trascrizione anche di questo accordo.<sup>392</sup> Ciò in base alla nuova disciplina del preliminare cui l’art. 2645-*ter* aggiunge argomenti ulteriori.

---

<sup>389</sup> G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, op. cit.; ID., *I contratti ad effetti reali*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato* a cura di M. Bessone, XIII, Torino, 2002, p. 1103 ss.

<sup>390</sup> V. su tale aspetto G. PALERMO, *Contributo allo studio del trust e dei negozi di destinazione disciplinati dal diritto italiano*, in *Riv. dir. comm.*, 2001, pp. 391, 393; e G. VETTORI, *Opponibilità*, cit., p. 1 ss.; v. ora G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, op. cit., p. 198.

<sup>391</sup> E. CESARO, *Il contratto e l’opzione*, 1969; P. CALICETI, *Patto di opzione e meccanismi pubblicitari*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, p. 283 ss.

<sup>392</sup> G. VETTORI, *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, op. cit., p.185 ss.; ID., *Opponibilità*, op. cit.

#### 11.4. Un esempio concreto. L'atto di destinazione nella crisi familiare: Decreto del Tribunale di Reggio Emilia, 23 marzo 2007

Il decreto rappresenta la prima pronuncia che direttamente concerne l'atto di destinazione<sup>393</sup>.

La fattispecie concreta è la seguente: due coniugi, già consensualmente separati con accordo omologato, si rivolgono al Tribunale per modificare le condizioni di separazione chiedendo la sostituzione della clausola che prescrive a carico del padre l'obbligo di contribuire al mantenimento dei figli minori mediante il versamento alla madre affidataria di un assegno mensile con il trasferimento alla stessa della quota di un mezzo di determinati beni immobili. Il Tribunale osserva tuttavia che la modifica proposta non risulta rispondente all'interesse della prole: l'obbligo di mantenimento dei figli verrebbe ad essere sostituito con il trasferimento di immobili alla madre affidataria senza alcuna garanzia in ordine alla destinazione dei cespiti e dei loro frutti (naturali e civili) al mantenimento dei figli stessi. I Giudici suggeriscono pertanto ai coniugi il ricorso all'atto di destinazione ex art. 2645-ter e l'apposizione del relativo vincolo sugli immobili trasferendi, al fine di sottrarre gli stessi alla libera disponibilità della madre e vincolarli alla realizzazione dell'interesse della prole.

I coniugi accolgono i suggerimenti del Tribunale e presentano istanza di modifica delle condizioni di separazione prevedendo che, a seguito del trasferimento alla madre affidataria di determinati immobili e nel quadro dell'accordo di adempimento dell'obbligo di mantenimento, la stessa "ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. si obbliga ad impiegare i frutti degli immobili (...) per il pagamento del mutuo ipotecario iscritto (...) a carico degli immobili (...) e, una volta estinto detto mutuo, ad impiegare i frutti per il mantenimento della prole sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli". È previsto un ulteriore vincolo di destinazione che si sostanzia in un divieto di alienazione in quanto la madre affidataria si obbliga "ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 2645-ter c.c. a non alienare gli immobili (...) sino al raggiungimento dell'autosufficienza economica del più giovane dei figli".

Il Tribunale, previo esame dell'applicabilità dell'art. 2645-ter cod. civ. e degli effetti del vincolo impresso, valuta positivamente la modifica

---

<sup>393</sup> In *Atti di destinazione e trust. Art. 2645 ter del codice civile*, (a cura di) G. Vettori, Padova, 2008.

proposta ritenendo sufficientemente salvaguardato l'interesse della prole. L'atto di destinazione viene così valutato nella prospettiva causale del trasferimento tra coniugi e nella meritevolezza dell'interesse destinatorio. A livello strutturale il trasferimento di beni e la costituzione del vincolo a favore della prole, a titolo di mantenimento della stessa, sono ricostruiti in termini unitari e la giustificazione causale che sorregge la complessa operazione consiste nell'adempimento degli obblighi di mantenimento e nella tutela degli interessi dei figli. Il Tribunale mostra infatti di recepire il più recente orientamento della Corte di legittimità nel senso della atipicità causale<sup>394</sup>, superate quelle interpretazioni che facevano ricorso alla donazione<sup>395</sup>, alla *causa solutionis* od alla *causa transactionis*<sup>396</sup>.

---

<sup>394</sup> Cass., 11 maggio 1984, n. 2887, in *Rep. Foro it.*, 1984, voce *Famiglia (regime patrimoniale della)*, n. 59, secondo la quale l'attribuzione di beni da un coniuge all'altro in occasione della separazione integra un contratto atipico con propri presupposti e proprie finalità; Cass., 23 dicembre 1988, n. 7044, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, p. 1320; Cass., 17 giugno 2004, n. 11342, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 415, per la quale “è di per sé valida la clausola dell'accordo di separazione che contenga l'impegno di uno dei coniugi, al fine di concorrere al mantenimento del figlio minore, di trasferire, in suo favore, la piena proprietà di un bene immobile, trattandosi di pattuizione che dà vita ad un contratto atipico, distinto dalle convenzioni matrimoniali e dalle donazioni, volto a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico, ai sensi dell'art. 1322 c.c.”; Cass., 8 novembre 2006, n. 23801, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1189.

Di recente, Cass., 12 aprile 2006, n. 8516, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Fallimento* [2880], n. 50, la quale osserva come l'atto di separazione personale consensuale costituisca un negozio giuridico bilaterale a carattere non contrattuale (in quanto privo nel suo nucleo centrale del connotato della patrimonialità): le clausole a contenuto patrimoniale ivi contenute configurano “veri e propri contratti atipici, con particolari presupposti e finalità, non riconducibili né al paradigma delle convenzioni matrimoniali né a quello della donazione, ma diretti comunque a realizzare interessi meritevoli di tutela ai sensi dell'art. 1322 cod. civ.”, salva, naturalmente, una diversa volontà delle parti in tal senso.

<sup>395</sup> Si tratta dell'orientamento più risalente e assai criticato dagli interpreti. Al riguardo, V. Cass. n. 4153/1975, in *Giust. civ.*, 1976, I, p. 726. La qualificazione in termini di donazione è stata presto abbandonata dalla giurisprudenza: nelle sentenze successive infatti la stessa si è curata di escludere una tale ricostruzione e ciò nonostante il *nomen iuris* utilizzato dalle parti per qualificare l'atto.

<sup>396</sup> Cass., 15 marzo 1991, n. 2788, in *Corr. giur.* 1991, p. 891, con nota di M. CAVALLO; Cass., 12 maggio 1994, n. 4647, in *Fam. dir.*, 1994, p. 660, con nota di L. CEI, ed in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, I, p. 882, con nota di D. BOZZELLI; App. Torino, 9 maggio 1980, in *Giur. it.*, 1981, I, 2, p. 19.

La principale critica mossa a questa impostazione consiste nella indisponibilità dei rapporti giuridici oggetto del negozio transattivo. Risulta infatti controversa la disponibilità dei diritti coinvolti nell'accordo di separazione, *in primis* il diritto al mantenimento: ove si ritenga che si tratti di materia sottratta alla disponibilità delle parti, la ricostruzione in termini di negozio transattivo sarebbe sanzionata con l'illiceità.

Si è inoltre osservato come l'efficacia preclusiva del contratto di transazione contrasterebbe con la possibilità di revisione delle condizioni di separazione garantita

La problematica si inserisce nella più complessa questione relativa all'ammissibilità di negozi traslativi atipici. In merito, la Cassazione ha avuto modo di stabilirne la configurabilità proprio in forza dell'autonomia negoziale garantita ai privati dall'art. 1322 c.c., purché vi sia a fondamento una causa lecita<sup>397</sup>: “il fondamentale principio dell'autonomia contrattuale consente alle parti di stipulare, nei limiti imposti dalla legge, tutte quelle intese negoziali, riconosciute dall'ordinamento giuridico, che vengano ritenute idonee alla tutela dei rapporti in continua evoluzione”<sup>398</sup>.

Con riferimento al giudizio di meritevolezza i Giudici adottano un'interpretazione che ha il pregio della conformità al sistema e della certezza (e prevedibilità) di valutazione in quanto fondata su indici normativi e sugli orientamenti giurisprudenziali formati. Si rigetta una qualificazione della meritevolezza orientata in senso solidaristico che oltrepassa la liceità e la conformità della fattispecie al sistema delle norme imperative e dei principi di ordine pubblico alla luce delle interpretazioni operate dalla giurisprudenza. È infatti indice dell'inutilità del concetto di meritevolezza quale requisito autonomo e valutativo la pressoché totale assenza della stessa nelle pronunce giudiziali<sup>399</sup>; l'esperienza maturata dalla giurisprudenza di merito in tema di *trust* interno individua invece quale compito dell'interprete quello di valutare caso per caso la conformità della fattispecie concreta con l'ordinamento, verificando che siano rispettati le norme inderogabili ed i principi di ordine pubblico.

Nella specie, la liceità della causa e la meritevolezza dell'interesse a fondamento degli accordi traslativi tra coniugi in occasione della crisi della famiglia sono state ampiamente approfondite in giurisprudenza e valutate nelle loro implicazioni, pur con alcune perplessità in ordine agli effetti preclusivi della corresponsione *una tantum* a fronte del principio di proporzionalità sancito dall'art. 148 c.c. La giurisprudenza al riguardo è giunta a ritenere valido l'accordo col quale si prevede la corresponsione del contributo al mantenimento dei figli con un tra-

---

dall'ultimo comma dell'art. 156 c.c. e che nelle fattispecie oggetto di analisi dalla Cassazione manca l'elemento tipico di detto negozio, ovvero le reciproche concessioni tra coniugi.

<sup>397</sup> Cass. civ., 9 ottobre 1991, n. 10612, in *Riv. Not.*, 1991, 6, p. 1413.

<sup>398</sup> Cass., Sez. Un., 1 ottobre 1987, n. 7341, in *Foro it.*, 1988, I, c. 103, nota di VIALE, TUCCI.

<sup>399</sup> “L'“immeritevolezza” degli interessi perseguiti è quasi divenuta “ipotesi di scuola” (tra gli ultimi esempi: Cass., 5 gennaio 1994, n. 75, in *Giust. Civ.*, 1994, I, p. 1230 e Cass., 20 settembre 1995, n. 9975, in *Giust. Civ.*, 1996, I, p. 73).

sferimento immobiliare *una tantum* anziché con un assegno periodico, purché non vi sia contrasto con il primario interesse del minore<sup>400</sup>.

Il giudizio di meritevolezza così ricostruito e l'analisi concreta che esso impone richiedono, nella fattispecie, di verificare che il ricorso all'atto di destinazione (proposto dai coniugi nella richiesta di modifica alle condizioni di separazione) salvaguardi efficacemente gli interessi dei minori. Il Tribunale è infatti chiamato in sede di omologazione di separazione consensuale (e di modifiche delle relative condizioni) a valutare la legittimità e l'opportunità delle condizioni pattuite, *in primis* rispetto all'interesse dei figli. È in questo contesto che emerge l'utilità concreta del vincolo destinatorio quale rafforzamento degli obblighi di mantenimento e garanzia di effettivo adempimento.

L'intensità  
della  
separazione  
patrimoniale

Nel caso concreto, l'utilità consegue alla destinazione dei frutti che derivano dall'immobile (canoni), al pagamento del mutuo che grava l'immobile stesso e al mantenimento dei figli, garantendo agli stessi una fonte di reddito non aggredibile dai creditori "personali" della madre; funzionale a tale interesse è il vincolo di non alienazione dei beni fino al raggiungimento dell'autosufficienza economica dei figli. Tale soluzione consente di coniugare il risultato concreto (perseguito dai coniugi) consistente nell'adempimento dell'obbligo di mantenimento in un'unica soluzione, con la periodicità di reddito (i canoni di locazione), garantita dal vincolo di destinazione opponibile a terzi. L'aggredibilità dei beni destinati per la soddisfazione dei soli crediti contratti per la realizzazione del vincolo rafforza la garanzia patrimoniale per detti creditori e mette al riparo i beni dall'aggressione da parte di creditori "estranei", tutelando gli interessi dei beneficiari (i figli minori); la stessa opponibilità del vincolo derivante dalla trascrizione nei registri immobiliari con i connessi profili di prevalenza, garantisce, tra l'altro, effettività di tutela.

La limitazione all'aggredibilità dei beni vincolati ex art. 2645-ter c.c., osserva il tribunale, è più intensa rispetto a quella sancita all'art. 170 c.c. per il fondo patrimoniale. In comune tali figure presentano il requisito obiettivo che giustifica l'aggredibilità dei beni destinati, ovvero la connessione teleologica tra l'obbligazione assunta e la realizzazione dell'interesse di destinazione (la tutela delle esigenze familiari nell'un caso, l'interesse stabilito dal conferente nell'altro): i

---

<sup>400</sup> In dottrina, da ultimo, P. CARBONE, *I trasferimenti immobiliari in occasione della separazione e del divorzio*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, 2, p. 1 ss.; F. ANGELONI, *Autonomia privata e potere di disposizione nei rapporti familiari*, Padova, 1997; G. OBERTO, *Prestazioni "una tantum" e trasferimenti tra coniugi in occasione di separazione e divorzio*, Milano, 2000; G. CIAN, *Autonomia privata e diritto di famiglia*, in *Confini attuali dell'autonomia privata*, a cura di A. Belvedere e C. Granelli, Padova, 2001, p. 37 ss.

debiti, in altre parole, devono essere “contratti” per tale scopo. L’art. 170 c.c. prevede tuttavia un elemento ulteriore che legittima il creditore ad aggredire i beni conferiti in fondo, posto a tutela dell’affidamento di tale soggetto, ovvero l’ignoranza dell’estraneità del debito assunto rispetto all’esigenze della famiglia. Dalla formulazione della norma risulta, infatti, una ripartizione dei debiti in tre categorie: quelli contratti per soddisfare i bisogni della famiglia; quelli che il creditore ignorava essere estranei ai bisogni della famiglia; ed infine quelli contratti per scopi estranei alla vita familiare che il creditore sapeva essere tali. L’espropriabilità è esclusa solo per quest’ultima categoria. L’onere di provare la consapevolezza dell’estraneità del credito allo scopo familiare in testa al creditore grava sui coniugi: spetta ad essi, dunque, al fine di evitare l’esecuzione sui beni conferiti nel fondo e sui relativi frutti, fornire la prova dell’effettiva conoscenza dell’alienità alle esigenze familiari in capo al creditore<sup>401</sup>.

Altro aspetto messo in luce dal Tribunale nel valutare l’atto di destinazione con riguardo al grado di salvaguardia dell’interesse della prole – al di là del profilo fiscale e del regime di favore<sup>402</sup> – concerne l’ampio panorama dei soggetti che, ex art. 2645-ter c.c., possono agire per la realizzazione dell’interesse di destinazione: oltre al conferente, “qualsiasi interessato”. Tra essi vi possono rientrare il Pubblico Ministero, un tutore, un curatore speciale o, potremmo aggiungere, i parenti del minore, così instaurandosi un controllo indiretto sull’operato del genitore affidatario titolare dei beni ed un conseguente stimolo ad operare correttamente per la realizzazione dell’interesse destinatorio.

---

<sup>401</sup> Non è sufficiente ad avviso della dottrina (G. CIAN, D. CASAROTTO, *Fondo patrimoniale della famiglia*, in *Noviss. Dig. It.*, Torino 1982, p. 833) e della giurisprudenza (Trib. Perugia, 12 febbraio 1987, in *Vita not.*, 1988, I, p. 604) che i coniugi dimostrino che il creditore avrebbe potuto conoscere l’estraneità del credito ai bisogni della famiglia con l’uso della normale diligenza, essendo richiesta la prova dell’effettiva conoscenza.

A fondamento di tale articolazione dell’onere probatorio vi è secondo alcuno (M. MAGGIOLO, *Il fondo patrimoniale, Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, *La Famiglia*, II, Torino 2000, p. 387) il principio secondo il quale i fatti negativi (l’ignoranza) non sono oggetto di prova, secondo altri (A. GALASSO *Regime patrimoniale della famiglia*, in *Comm al Cod. Civ.*, (a cura di) A. Scialoja, G. Branca, I, Bologna-Roma, 2003, p. 169) invece vi sarebbe una presunzione di ineranza dei debiti ai bisogni della famiglia.

<sup>402</sup> Trattandosi di accordo tra coniugi finalizzato a regolare l’assetto dei rapporti in conseguenza della separazione, trova applicazione il regime di favore stabilito dall’art. 19 della legge 6 marzo 1987, n. 74 nella lettura fornita dalla Corte Costituzionale e, pertanto, l’esenzione “dall’imposta di bollo, di registro e da ogni altra tassa”.

## 11.5. Destinazione e atto traslativo

Sembra possibile con il nuovo articolo ciò che non sembra consentito in Francia<sup>403</sup>. L'operazione di destinazione si può esaurire nell'atto unilaterale come nel *trust* auto-dichiarato. La destinazione può inoltre accedere al trasferimento e in tal caso emerge il problema della causa<sup>404</sup>.

Condivido l'idea che si tratti di una causa di destinazione<sup>405</sup>, ma aggiungerei qualcosa di più. La norma riconosce proprio il potere di conformare la proprietà del destinatario, che risulta fissata in base al titolo con i limiti che risultano dalla destinazione. Si crea un diritto di proprietà con il contenuto che risulta dalla fonte e che si devolve, poi, agli eredi. La destinazione diventa titolo per la circolazione del bene e modifica lo statuto della *res* in base alla norma che rende opponibile quel vincolo<sup>406</sup>.

Il mutamento del sistema è radicale. E radicali le conseguenze, che qui si possono solo accennare.

L'indicazione generica dei terzi fa sì che in tale categoria “possano essere compresi sia i creditori che i terzi acquirenti di qualsiasi diritto incompatibile con lo scopo di destinazione”. Ciò comporta un vincolo di indisponibilità quando l'atto di disposizione è pregiudizievole alla realizzazione dello scopo di destinazione. Mentre l'alienazione consente di seguire i beni anche in capo al nuovo proprietario<sup>407</sup>.

Ancora. I beni e i frutti possono costituire oggetto di esecuzione (salvo l'art. 2915 c.c.) solo per i debiti contratti per tale scopo. Il confronto fra la norma, il fondo patrimoniale ed i patrimoni destinati, isola ancora di più la forza del vincolo. Difatti il fondo patrimoniale consente in certi casi la esecuzione anche per scopi diversi; l'art. 2447-*quinquies* c.c. fa salva la responsabilità illimitata della società per le obbligazioni derivanti da fatto illecito, mentre l'art. 2645-*ter* è chiaro nel consentire la esecuzione dei beni per il solo scopo di destinazione. E ciò implica una separazione netta di quei beni anche dalla massa fallimentare (art. 2645-*ter* c.c. - artt. 45 e 79 Legge fallimentare)

---

<sup>403</sup> v. A. NERI, *La via francese al recepimento del trust: un nuovo progetto di legge sulla fiducie*, *op. cit.*, p.74 ss.

<sup>404</sup> v. U. LA PORTA, *Destinazione di beni allo scopo e causa negoziale*, Napoli,1994, p. 75 ss.; G. PALERMO, *Sulla riconducibilità del “trust interno” alle categorie ciclistiche*, *op. cit.*, p. 145 ss.

<sup>405</sup> U. LA PORTA, *op. ult. cit.*

<sup>406</sup> Per alcune notazioni ulteriori G. VETTORI, voce *Opponibilità*, *op. cit.*

<sup>407</sup> L'analogia con l'istituto anglosassone del *tracing* è evidente. Al riguardo, M. LUPOI, *Trusts*, *cit.*, p. 48 ss. e la letteratura ivi citata.



Per quanto riguarda, poi, la realizzazione degli interessi, può agire oltre al conferente qualsiasi interessato secondo lo schema del *modus* disciplinato negli artt. 648, comma 1 e 793 del Codice civile.

La norma, insomma, contiene molti elementi del *trust* di “diritto interno”<sup>408</sup>. Istituto che dovrà ora essere oggetto di grande attenzione perché l’individuazione della sua disciplina accresce la responsabilità dell’interprete chiamato a ripensare le tradizionali categorie sull’assetto dei beni e sulla responsabilità patrimoniale, con una consapevolezza nuova.

La norma dovrà essere applicata con uno sguardo al modello anglosassone e alla sua evoluzione. Il *trust* nasce e si sviluppa in un sistema e in un’ottica rimediale. Si consolida tramite i giudizi di *equity* che equilibrano e rendono possibile la destinazione<sup>409</sup>. Ciò attraverso soluzioni tecniche e strumenti di tutela adeguati continuamente, dal giudice e dall’interprete, alla ricerca di soluzioni corrette ed efficienti. Questo modo di procedere si impone, ora, alla scienza giuridica italiana che dovrà bilanciare l’ampiezza e il contenuto del vincolo con la elaborazione di rimedi capaci di assicurare la realizzazione dello scopo lecito e di contrastare le illegittimità e elusioni. Tutto ciò in un assetto di beni e diritti che è profondamente diverso dal passato.

---

<sup>408</sup> Sul punto v. G. PETRELLI, *La trascrizione degli atti di destinazione*, *op.cit.*, p. 205 ss.

<sup>409</sup> Il *trust* trae fondamento dalla struttura dualista che si era venuta a creare nell’ordinamento inglese a partire dal XVI° sec., dovuta al concorso della *common law* e dell’*equity*.

Per più complete indicazioni in merito a tale vicenda storica, M. LUPOI, *Trusts*, cit., p. 23 ss. e le indicazioni bibliografiche ivi contenute; S. TONDO, *Sul riconoscimento del trust nel nostro ordinamento*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, Atti del Convegno di Studio a Madonna di Campiglio, Milano, 1991, p. 117 ss.; U. MORELLO, *Fiducia e trust: due esperienze a confronto*, in *Quadrim.*, 1990, p. 251 ss. e A. GAMBARO, *Problemi in materia di riconoscimento degli effetti dei trusts nei paesi di civil law*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, I, p. 93 ss.

## 12. La simulazione

Il codice non definisce la simulazione, prevede solo una disciplina degli effetti che tale fenomeno produce fra le parti e nei confronti dei terzi.

Simulare significa, nella terminologia della legge, porre in essere un contratto di cui le parti non vogliono gli effetti o un contratto diverso da quello di cui i contraenti vogliono realizzare gli effetti.

Non è sufficiente a tal fine che una di esse nel dichiarare la propria volontà nasconda una diversa intenzione o si riservi di conseguire un risultato diverso.

Tale volontà o desiderio inespresso non può avere alcun valore per il diritto.

Alla base dell'istituto vi è invece un accordo, l'accordo simulatorio, in base al quale i contraenti stabiliscono che il negozio che appare nei confronti dei terzi (contratto simulato) non produrrà effetti fra di loro. Non vi è concordia in dottrina in ordine alla natura dell'accordo simulatorio, prevalentemente ricostruito quale atto negoziale<sup>410</sup>. Diversa dall'accordo simulatorio è la c.d. controdiplomazia, da intendere quale dichiarazione di scienza, con funzione di prova dell'accordo simulatorio medesimo<sup>411</sup>.

In tale intesa le parti dichiarano qual'è il loro reale volere: possono stabilire che nessun effetto si realizzi, e si avrà simulazione assoluta, oppure che si producano fra di loro gli effetti di un negozio diverso da quello che appare e si avrà in tal caso simulazione relativa. Il contratto diverso realmente voluto è definito contratto dissimulato.

Spesso la divergenza fra ciò che appare di fronte ai terzi e ciò che le parti intendono realizzare nasconde uno scopo illecito o riprovato dalla legge ma tale divergenza può non essere in contrasto con norme e principi dell'ordinamento che accorda allora alle parti anche la libertà, nei limiti che vedremo, di disporre l'inefficacia nella loro sfera giuridica di un contratto.

La simulazione può riguardare la natura del contratto (le parti vogliono gli effetti di una donazione ma pongono in essere una compravendita), il prezzo oppure i soggetti.

In quest'ultimo caso si dissimula non già il contratto ma una delle parti e necessario presupposto dell'operazione è l'accordo simulatorio fra i soggetti: il contraente apparente, quello effettivo e la controparte.

<sup>410</sup> A. GENTILI, *Simulazione*, in *Tratt. dir. priv.*, (diretto da) M. Bessone, Torino, 2002, XIII, 5, p. 526 ss.

<sup>411</sup> V. al riguardo Cass., 1 ottobre 2003, n. 14590, in *Riv. notariato*, 2004, p. 1037.

Simulazione  
assoluta e  
relativa

Interposizione  
reale e fittizia  
di persona

Si ha in tal caso interposizione fittizia di persona.

Gli effetti del contratto devono prodursi nei confronti di un soggetto diverso da quello che appare e il terzo deve dare la propria consapevole adesione all'intesa raggiunta tra le parti assumendo i diritti e gli obblighi nei confronti dell'interponente<sup>412</sup>.

Diversa è la figura dell'interposizione reale ove si ha un trasferimento voluto ed efficace a favore della persona interposta la quale è obbligata ad un ulteriore trasferimento o al compimento di un'attività determinata.

L'art. 1414 c.c. prevede altresì la possibilità della simulazione di un atto unilaterale purché recettizio, e cioè destinato a una persona determinata. Solo in tal caso è possibile infatti l'accordo simulatorio fra il dichiarante e il destinatario (v. art. 1414, 3° comma).

Peculiare è l'ipotesi della c.d. simulazione del matrimonio. L'art. 112 c.c. prevede infatti che il matrimonio possa essere impugnato quando gli sposi abbiano convenuto di non adempiere agli obblighi e di non esercitare i diritti da esso discendenti.

### ***Giurisprudenza***

“In tema di simulazione, la controdeklarazione è atto di accertamento o di riconoscimento scritto, non avente carattere negoziale. Esso non si inserisce come elemento essenziale nel procedimento simulatorio, per cui può non essere coevo all'atto simulato e provenire anche solo da una delle parti dell'accordo simulatorio, purché questa sia il soggetto contro il cui interesse la controdeklarazione è redatta, cioè la parte che trae vantaggio dall'atto simulato e che con la controdeklarazione assume obblighi diversi e maggiori” (Cass., 1 ottobre 2003, n. 14590, in *Riv. notariato*, 2004, p. 1037).

“L'azione di simulazione del contratto per interposizione fittizia di persona e quella diretta all'accertamento dell'interposizione reale sono fondate su situazioni di fatto del tutto distinte, hanno finalità e presupposti diversi, petitum e causa petendi difformi, tema di indagine e di decisione distinti; infatti, nella prima si ha una simulazione

---

<sup>412</sup> Ad avviso della giurisprudenza prevalente e più recente occorre che il terzo contraente aderisca consapevolmente all'intesa raggiunta tra interposto ed interponente e non sia semplicemente informato della stessa. V. al riguardo Cass., 15 maggio 1998, n. 4911, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2420, Cass., 18 maggio 2000, n. 6451, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Simulazione civile*, n. 7. L'interposizione fittizia consiste dunque in un accordo simulatorio fra il contraente effettivo, il contraente fittizio e l'altro contraente in forza del quale il negozio stipulato con la persona interposta è soltanto apparente.

soggettiva e l'interposto (nella specie, in una compravendita di bene immobile) figura soltanto come acquirente, mentre gli effetti del negozio (trasferimento della proprietà) si producono a favore dell'interponente; nella seconda, invece, non esiste simulazione, in quanto l'interposto, d'accordo con l'interponente, contrae con il terzo in nome proprio ed acquista effettivamente i diritti nascenti dal contratto, salvo l'obbligo, derivante dai rapporti interni, di ritrasferire i diritti, in tal modo acquistati, all'interponente; ne consegue che ai fini della prova scritta dell'interposizione reale, non è necessario che la controdeklarazione scritta sia sottoscritta anche dal terzo" (Cass., 14 marzo 2006, n. 5457, in *Rep. Foro it.*, 2006, voce *Simulazione civile*, n. 6).

### 12.1. Gli effetti della simulazione fra le parti

In caso di simulazione assoluta il negozio non produce effetti tra le parti.

Se una di esse intende avvalersi del negozio simulato (ad esempio sostiene di essere proprietaria del bene che gli è stato fittiziamente venduto, e vuole disporne), la controparte può agire in giudizio per far valere la simulazione e la conseguente inefficacia del negozio.

L'accoglimento di tale domanda richiede, naturalmente, la prova dell'accordo simulatorio.

Qualora, invece, si tratti di simulazione relativa o di interposizione fittizia di persona, il contratto dissimulato produrrà effetto fra le parti purché ne sussistano i requisiti di sostanza (non sarebbe valida, ad esempio, una disposizione su futura eredità in quanto proibita dalla legge) e di forma.

L'ordinamento non potrebbe, infatti, riconoscere efficacia, neppure limitata alle parti ad un atto di autonomia illecito o privo degli elementi necessari alla produzione di effetti.

Nel caso, ad esempio, di una compravendita che simuli una donazione questo contratto avrà effetto fra le parti purché siano rispettati i requisiti di forma richiesta per la sua validità. L'atto simulato dovrà quindi essere stipulato nelle forme richieste per la donazione.

Dubbia è, in dottrina e giurisprudenza, la sorte del negozio simulato. Per alcuni esso è nullo a cagione della sua carenza di effetti sin dall'origine<sup>413</sup>, ma è preferibile l'opinione diversa che considera tale

---

<sup>413</sup> In questo senso si è espressa parte della giurisprudenza (più di recente, Cass., 14 gennaio 1985, n. 32, in *Rep. Foro it.*, 1985, *Simulazione civile*, n. 6) e della dottrina (R. SACCO, voce *Simulazione*, in *Enc. giur.*, Roma, 1992, p. 5 ss.; ID., *Il contratto*, I, in *Tratt.*

atto inefficace giacché esso non è affetto da alcuna irregolarità ma solo improduttivo di effetti per volontà delle parti<sup>414</sup>.

## 12.2. Efficacia della simulazione nei confronti dei terzi

L'art. 1415 al secondo comma dispone che i terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti quando essa pregiudica i loro diritti.

Sono terzi rispetto alla simulazione coloro che non hanno partecipato all'accordo simulatorio e che sono lesi dall'esistenza di questo.

Si pensi al curatore del fallimento dell'alienante<sup>415</sup> e, in generale, ad un creditore che può essere pregiudicato da un atto compiuto dal proprio debitore ed è quindi legittimato a far valere la simulazione. Al titolare di un diritto legale di prelazione che può essere interessato a far valere la simulazione dell'atto di alienazione del bene che disattende il suo diritto per quanto concerne il prezzo dichiarato dalle parti nell'atto. Ad un figlio (e, più in generale, i legittimari che agiscano per la reintegrazione della quota di riserva<sup>416</sup>) che, dopo la morte del padre, può aver interesse a far valere la simulazione di una compravendita conclusa fra il genitore defunto ed un fratello.

In tutti questi ed in altri casi, il terzo è pregiudicato dall'esistenza del negozio simulato e può agire in giudizio per ottenere una pronuncia giudiziale di inefficacia dell'atto e, una volta trascritta la domanda, potrà opporre tale accertamento a tutti coloro che acquistano il bene dal titolare apparente, dopo la trascrizione (art. 2652, n. 4 c.c.).

Più complessa appare la disposizione contenuta nel 1° comma dell'art. 1415 e nell'art. 1416 c.c.

L'uno prevede che le parti contraenti, i loro aventi causa ed i creditori del simulato alienante non possono opporre la simulazione ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, l'altro che i contraenti non possono opporre la simulazione ai creditori del titolare apparente che, in buona fede, hanno compiuto atti di

---

Sacco, p. 534 ss.; ID., in *Le controdichiarazioni*, in *Tratt. dir. civ.*, a cura di Sacco, terza ed., Torino, 2005, p. 647).

<sup>414</sup> V. A. AURICCHIO, *La simulazione nel negozio giuridico*, Napoli, 1956, p. 146 ad avviso del quale il negozio simulato è affetto da inefficacia originaria, assoluta e insanabile; C.M. BIANCA, *Il contratto*, cit., p. 690 ss. In giurisprudenza, v. Cass., 9 luglio 1987, n. 5975, in *Giur. it.*, 1989, I, 1, p. 564).

<sup>415</sup> V. al riguardo Cass., 17 novembre 2000, n. 14895, in *Contratti*, 2001, p. 552; Cass., 4 marzo 2002, n. 3102, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 931.

<sup>416</sup> Al riguardo, Cass., 18 aprile 2003, n. 6315, in *Giust. civ.*, 2004, I, p. 200; Cass., 30 luglio 2002, n. 11286, in *Giust. civ.*, 2003, I, p. 77.

esecuzione sul bene. La nozione di buona fede è ricostruita nella più recente giurisprudenza quale ignoranza dell'accordo simulatorio, in applicazione dell'art. 1147 c.c.: spetta dunque a chi intenda opporre la simulazione provare la mala fede del terzo<sup>417</sup>. Vi è un altro e più rigoroso orientamento che, al fine di opporre la simulazione al terzo che ha acquistato dal titolare apparente ex art. 1415 c. 1 c.c., richiede non solo la conoscenza della simulazione, ma altresì un accordo del terzo con il titolare apparente volto a favorire il simulato alienante ovvero una volontà del terzo di profittare della simulazione in danno del simulato alienante<sup>418</sup>.

Ad ogni modo si tratta di comprendere perché l'esistenza del contratto simulato non può essere opposta ai creditori di buona fede.

Alcuno spiega tale disciplina ricorrendo al concetto di apparenza. Il conflitto fra volontà dichiarata dalle parti e volontà effettiva pone un problema di protezione dei terzi che, in buona fede, hanno fatto affidamento su ciò che obiettivamente è stato compiuto<sup>419</sup>. Colui che solo simulatamente è titolare del bene sarebbe così investito di una legittimazione apparente che supplisce alla invalidità del contratto simulato. Altri invece precisa che tale contratto essendo valido, anche se inefficace fra le parti, costituisce un rilevante presupposto dell'acquisto del terzo. Di fronte al quale, insomma, non vi sarebbe un diritto apparente ma un contratto (quello simulato) strutturalmente perfetto (anche se non voluto dalle parti) e tale quindi da imporsi a chi acquista in buona fede.

Al di là delle diverse teorie che argomentano soluzioni diverse in base alla diversa premessa della validità o invalidità del negozio simulato, appare chiara la volontà del legislatore e la *ratio* della disciplina. Le

Effetti nei  
confronti dei  
creditori

---

<sup>417</sup> Da ultimo, Cass., 4 marzo 2002, n. 3102, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 931 ove si precisa che “quando le norme (nella specie, quelle relative agli effetti della simulazione) facciano riferimento alla buona fede senza nulla dire in ordine a ciò che vale ad integrarla o ad escluderla, ovvero a soggetto tenuto a provarne l'esistenza o ad altri profili di rilevanza della stessa, si deve, in linea di principio, fare riferimento all'art. 1147 c.c., che tali aspetti disciplina in relazione al possesso di buona fede”.

<sup>418</sup> In giurisprudenza, v. Cass., 10 dicembre 1991, n. 13260, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1211 ai sensi della quale “al fine di integrare il requisito della malafede, necessario ai sensi dell'art. 1415 c.c. per opporre la simulazione al terzo che abbia acquistato dal titolare apparente, non è sufficiente la mera scienza della simulazione, richiedendosi che il terzo abbia proceduto all'acquisto per effetto della simulazione, nel senso che, accordandosi con il titolare apparente, abbia inteso favorire il simulato alienante, per consolidare rispetto ai terzi lo scopo pratico perseguito con la simulazione ovvero abbia voluto profittare della simulazione stessa in danno del simulato alienante”; v. altresì A. GENTILI, *Simulazione*, cit., p. 617.

<sup>419</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 706 il quale, tra l'altro, evidenzia l'esigenza di tutela della sicurezza degli acquisti per il buon funzionamento della circolazione giuridico-economica.

parti non possono che sopportare l'onere della condotta che risulta oggettivamente all'esterno, mentre deve essere salvaguardato l'affidamento di chi, in buona fede, acquista dal titolare apparente o compie atti di esecuzione "sui beni che furono oggetto del contratto simulato".

Per quanto concerne i creditori, l'art. 1416 2° comma prevede un'ulteriore forma di tutela. I creditori del simulato alienante, nel conflitto con i creditori non privilegiati del simulato acquirente, sono preferiti purché il loro credito sia anteriore alla simulazione.

Anche in tal caso la legge vuole evitare un pregiudizio a terzi che sarebbero danneggiati dall'esistenza del contratto simulato e ne è prova il fatto che la preferenza opera solo se il credito è anteriore alla simulazione.

### **Giurisprudenza**

“L'art. 1415, 2° comma, c.c., legittimando i terzi a far valere la simulazione del contratto rispetto alle parti quando essa pregiudichi i loro diritti, non consente, peraltro, di ravvisare un interesse indistinto e generalizzato di qualsiasi terzo ad ottenere il ripristino della situazione reale, essendo, per converso, la relativa legittimazione indissolubilmente legata al pregiudizio di un diritto conseguente alla simulazione; non tutti i terzi, pertanto, sol perché in rapporto con i simulanti, possono instare per l'accertamento della simulazione, dovendosi invece riconoscere il relativo potere di azione o di eccezione soltanto a coloro la cui posizione giuridica risulti negativamente incisa dall'apparenza dell'atto” (Cass., 21 febbraio 2007, n. 4023, in *Rep. Foro it.*, 2007, voce *Simulazione civile*, n. 14).

### **12.3. La prova della simulazione**

L'art. 1417 c.c. dispone che la prova per testimoni della simulazione è ammissibile senza limiti: a) se la domanda è proposta dai creditori o dai terzi, b) se le parti intendono far valere l'illiceità del contratto dissimulato. I contraenti, quindi, in ogni altra ipotesi sono soggetti alla rigorosa disciplina prevista dal codice per tale mezzo di prova; disciplina che qui è opportuno ricordare.

Negli artt. 2721 c.c. ss. sono elencati i seguenti limiti di esperibilità della prova, e cioè:

I riferimenti  
normativi:  
artt. 1417;  
2721 ss. c.c.

Limiti alla  
ammissibilità  
della prova  
testimoniale

- a) un limite di valore che peraltro può essere (e lo è in concreto) derogato in base ad una valutazione discrezionale del giudice;
- b) un limite di oggetto. Non si può provare con testimoni un patto aggiunto o contrario al contenuto di un documento che si assume essere stato stipulato prima o contemporaneamente al contratto (art. 2722 c.c.).

Nel caso di un patto che si assume essere stato stipulato dopo la formazione di un documento il giudice può consentire la prova.

Tali regole ammettono delle eccezioni:

- 1) La prova può essere esperita in ogni caso se a) vi è un principio di prova per iscritto; b) il contraente si è trovato nell' impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta; c) il contraente ha perduto il documento che gli forniva la prova (art. 2724 c.c.).
- 2) Quando tuttavia il contratto deve essere provato o formato per iscritto la prova per testimoni è ammessa nel solo caso di perdita incolpevole del documento (art. 2725 c.c.).

È evidente l'incidenza che può avere tale disciplina sull'istituto della simulazione.

L'accordo simulatorio è un "patto stipulato prima o contemporaneamente" alla formazione del contratto simulato. Se tale contratto deve essere redatto per iscritto (si pensi ad una compravendita immobiliare) la prova per testi può, in base alla disciplina comune, essere ammessa solo nel caso in cui il soggetto ha perduto il documento che gli forniva la prova (v. artt. 2712, 2724 e 2725 c.c.).

È ovvio che ciò avrebbe danneggiato i terzi e di qui la deroga dell' art. 1417 estesa anche alle parti nel solo caso di cui si è già detto.

La giurisprudenza peraltro in relazione all'art. 2725 c.c. gradua l'ammissibilità della prova.

Nella simulazione assoluta si reputa applicabile l'art. 2722 con tutte le eccezioni previste dall'art. 2724 e non dall'art. 2725. Ciò perché in tal caso, si osserva, oggetto della prova è l'inefficacia del negozio simulato e non l'esistenza di un negozio diverso. È possibile quindi la prova per testimoni quando esiste un principio di prova per iscritto, o quando il contraente si sia trovato nell'impossibilità morale o materiale di procurarsi una prova scritta o abbia perduto il documento che gli forniva la prova.



La prova della  
simulazione del  
prezzo nella  
compravendita  
immobiliare:

le Sezioni  
Unite

Nella simulazione relativa, invece, dovendosi provare la validità e l'esistenza del negozio dissimulato, la prova incontra i più rigorosi limiti previsti dall'art. 2725. Sicché quando tale contratto deve essere formato o provato per iscritto, la prova testimoniale sarà ammessa solo quando il contraente ha senza sua colpa perduto il documento che gli forniva la prova.

Una recente sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione è intervenuta a dirimere il contrasto giurisprudenziale intorno alla prova della simulazione del prezzo di una compravendita immobiliare<sup>420</sup>.

Le Sezioni unite passano in rassegna entrambi gli orientamenti. A fondamento di quello avversato – e, invero, più risalente – vi è la considerazione per la quale 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. E, non essendo detto contratto 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”. Si accoglie in altri termini la distinzione tra prova della simulazione, soggetta ai limiti ex art. 2722, e prova di patti meramente integrativi del contratto, la quale non incontrerebbe i suddetti limiti in quanto tali patti difetterebbero di una propria autonomia strutturale o funzionale. Tale orientamento risulta superato dalle Sezioni Unite, sulla scorta di argomentazioni già fatte proprie dalle alcune sentenze Suprema Corte. Si rileva in primo luogo che il fenomeno della simulazione contrattuale, sia essa assoluta o relativa, “pur non esaurendo l'area di possibile applicazione dell'articolo 2722, ne occupa una larga parte”. “Stando così le cose, quando la prova tra le parti della simulazione di un contratto documentale non riguardi l'illiceità del contratto

---

<sup>420</sup> Cass., Sez. un., 26 marzo 2007, n. 7246, in *Riv. not.*, 2007, 5, p. 1198, nota di A.M. PEDRON.

dissimulato, è evidente che essa incontra i limiti di prova” ed “appare difficile negare che tali limiti operino 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. Nè certo sarebbe ragionevole sostenere che la clausola di determinazione del prezzo non abbia rilevanza centrale nell'economia degli interessi regolati mediante un contratto di compravendita”.

Il diverso regime probatorio – osservano le Sezioni Unite - fondato sulla distinzione sopra riportata non trova alcuna giustificazione, nè nella lettera del citato articolo 2722, che si riferisce ai “patti aggiunti o contrari al contenuto di un documento”, e quindi anche a quelli di carattere integrativo se essi contengano elementi nuovi o contrastanti con quelli documentati; nè, nella *ratio* della norma, che consiste nell'evitare che i rapporti giuridici provati per iscritto possano essere alterati da una prova che presenta un grado di attendibilità inferiore a quella documentale.

### ***Giurisprudenza***

“La pattuizione con cui le parti di una compravendita immobiliare abbiano convenuto un prezzo diverso da quello indicato nell'atto scritto, soggiace, tra le stesse parti, alle limitazioni della prova testimoniale stabilite dall'art. 2722 c.c., avendo la prova ad oggetto un elemento essenziale del contratto che deve risultare per iscritto”. Infatti “Costituendo il prezzo elemento essenziale della vendita, e dovendo anch'esso risultare per iscritto e per intero quando per il contratto è prevista la forma scritta "ad substantiam", non è ammissibile nella controversia fra le parti del contratto la prova testimoniale diretta a dimostrarne un'entità difforme da quanto risulta dal contratto, non rinvenendosi alcuna delle ipotesi di deroga previste dagli artt. 1417, 2722 e 2725 c.c.” (Cass., Sez. Un., 26 marzo 2007, n. 7246, in *Riv. not.*, 2007, 5, p. 1198, nota di Pedron).

“Nel caso di allegazione della simulazione relativa per interposizione fittizia di persona di un contratto necessitante la forma scritta "ad substantiam", la dimostrazione della volontà delle parti di concludere un contratto diverso da quello apparente incontra non solo le normali limitazioni legali all'ammissibilità della prova testimoniale e per presunzioni, ma anche quella, più rigorosa, derivante dal disposto degli artt. 1414, comma 2, e 2725 c.c., di provare la sussistenza dei requisiti

di sostanza e forma del contratto diverso da quello apparentemente voluto e l'esistenza, quindi, di una controdedichiarazione, dalla quale risulti l'intento comune dei contraenti di dare vita ad un contratto soggettivamente diverso da quello apparente. Di conseguenza, e con riferimento alla compravendita immobiliare, la controversia tra il preteso acquirente effettivo e l'apparente compratore non può essere risolta, fatta salva l'ipotesi di smarrimento incolpevole del relativo documento (art. 2724, n. 3, c.c.), con la prova per testimoni o per presunzioni di un accordo simulatorio cui abbia aderito il venditore, e neppure, in assenza della controdedichiarazione, tale prova può essere data con il deferimento o il riferimento del giuramento (art. 2739, comma 1, c.c.), né tanto meno mediante l'interrogatorio formale, non potendo supplire la confessione, in cui si risolve la risposta positiva ai quesiti posti, alla mancanza dell'atto scritto" (Cass., 19 febbraio 2008, n. 4071, in *Giust. civ. Mass.*, 2008, 2).

### *Fonti persuasive*

Draft Common Frame of Reference, Libro II, Capitolo 9, Sezione 2 – *Simulation*

II. – 9:201: Effect of simulation<sup>421</sup>

(1) When the parties have concluded a contract or an apparent contract and have deliberately done so in such a way that it has an apparent effect different from the effect which the parties intend it to have, the parties' true intention prevails.

(2) However, the apparent effect prevails in relation to a person, not being a party to the contract or apparent contract or a person who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the apparent effect.

---

<sup>421</sup> "II. – 9:201: Effetti della simulazione

Quando le parti hanno concluso un contratto o un contratto apparente e hanno deliberatamente fatto ciò in modo tale che avesse effetto apparente diverso da quello che le parti intendevano, la vera intenzione delle parti prevale.

Comunque, l'effetto apparente prevale rispetto ai terzi che non sono parti del contratto o del contratto apparente o soggetti che non hanno altri diritti, i quali hanno fatto affidamento ragionevolmente e in buona fede sull'effetto apparente".

### 13. L'integrazione

Gli articoli 1374, 1375, 1339, 1340 c.c. regolano il fenomeno dell'integrazione che è un dato costante nella vita del diritto. Dal diritto romano che precisa minutamente le azioni a tutela del contraente, alla *common law* che è decisamente ostile ad un intervento del giudice nella correzione degli effetti programmati dalle parti, ma utilizza con ampio rilievo le *implied conditions* costruite dalle Corti<sup>422</sup>.

Del resto Rodolfo Sacco osserva che ogni effetto “del contratto, non espressamente previsto dalle parti può presentarsi in due vesti alternative, logicamente opposte, ma funzionalmente identiche”:

- la volontà implicita o presunta o ipotetica delle parti;
- la volontà del legislatore mediata (all'occorrenza) da una clausola generale di buona fede<sup>423</sup>.

Sino agli anni sessanta la dottrina italiana ha prestato poca attenzione al fenomeno dell'integrazione che ha invece attratto, negli anni successivi, le analisi di autorevoli studiosi.

Si è così ribadita ed approfondita la distinzione fra:

- una integrazione cogente che determina il rapporto nonostante la volontà delle parti secondo il modello dell'art. 1339 e
- una integrazione suppletiva che determina il rapporto in mancanza di una diversa volontà secondo quanto esprime, come si dirà, il richiamo degli usi e dell'equità nell'art. 1374 c.c.

#### 13.1. L'integrazione cogente: la legge

In entrambi i casi si è discusso se tale fenomeno possa esprimere una pluralità di fonti concorrenti nella determinazione del regolamento o se implichi sempre un'incidenza della legge, degli usi e dell'equità, su di un rapporto che rimane contrattuale perché ha la sua fonte in un atto di autonomia.

---

<sup>422</sup> v. M. MELI, *La tutela della parte debole del rapporto nel diritto contrattuale inglese*, Padova, 2005, p. 23 ss.

<sup>423</sup> R. SACCO, *Il contratto*, in R. Sacco - G. De Nova, cit., p. 410 ss.

La seconda posizione appare la più corretta anche se la disputa sulla natura dell'istituto si caratterizza oggi per un minore rilievo rispetto alla riflessione sul diverso ruolo che la legge assume nell'intervento sul contratto e sul potere correttivo del giudice in base all'equità indicata nell'art. 1374 c.c. Su entrambi gli aspetti occorre soffermarsi. In breve.

- Nel sistema del codice, l'intervento è assai più massiccio nell'ambito dei tipi legali, nella disciplina dei quali esistono molte norme inderogabili, ove si ribadiscono e specificano i requisiti essenziali richiesti; si pongono requisiti di forma e di durata per la validità (per esempio gli artt. 1503, 1501 c.c. in tema di vendita con patto di riscatto); si descrivono criteri per la ripartizione dei rischi o disposizioni a tutela di un interesse generale (v. l'art. 1471 c.c. sui divieti speciali di comprare) o di un contraente (v. la disciplina di cui agli artt. 1525-1526 c.c. circa l'inadempimento del compratore nella vendita con riserva della proprietà).
- Come è stato osservato, la modalità di intervento sul contratto muta radicalmente nella legislazione speciale: qui infatti si disciplinano, prevalentemente, i soggetti e non i contratti<sup>424</sup>. Come nel caso, ad esempio, delle imprese bancarie e assicurative e degli intermediari finanziari. Si disciplinano raggruppamenti di contratti come nel caso dei valori mobiliari, del credito al consumo, della trasparenza bancaria. Si delega spesso ad un Autorità Indipendente la regolazione di aspetti rilevanti del contratto.
- Come si vedrà, il tratto caratteristico di tali interventi è in parte omogeneo. Si adottano norme di protezione derogabili solo in senso più favorevole alla parte protetta. Non si impone tanto un regolamento sostitutivo quanto requisiti minimi per la validità dell'assetto. Non si utilizza con frequenza la tecnica della norma imperativa ma si dettano disposizioni il cui ambito di applicazione è spesso indeterminato nella speranza che nulla sfugga all'intervento di controllo. È chiara la distanza dal passato.
- Le norme in tema di limiti all'autonomia privata erano in passato norme di stretta interpretazione. Il legislatore pone ora limiti mediante norme prive di una fattispecie ben delimitata. Fenomeno che ha indotto a parlare di perdita della fattispecie nel delicato e cruciale settore dei limiti all'autonomia contrattuale.

L'intervento  
della legge sul  
contratto

---

<sup>424</sup> G. DE NOVA, *I contratti atipici e i contratti disciplinati da leggi speciali: verso una riforma?*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, 6, p. 345 ss.; ID., «*The Law which governs this Agreement is the Law of the Republic of Italy*»: *il contratto alieno*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, 1, p. 7 ss.

Tali mutamenti evocano, per il momento, due considerazioni di sintesi.

Si incrina l'idea del contratto come atto di sovranità individuale ed occorre sempre più spesso esaminare la normativa che precede il rapporto al fine di individuare la posizione che spetta al soggetto che agisce cui dovrà seguire la analisi delle azioni e delle tutele che lo stesso può svolgere verso l'altro contraente. È così necessario ricercare la norma (interna, internazionale, comunitaria, primaria o secondaria) e gli indirizzi giurisprudenziali consolidati che regolano il fatto da valutare e le conseguenze che ne derivano per le determinazioni libere o obbligate dell'operatore economico.

D'altra parte lo scambio nei rapporti fra privati è sempre più specializzato. Sempre più spesso la libertà non si dirige verso la scelta di un contenuto negoziale ma verso un prodotto (bene o servizio) offerto da una serie di imprese spesso di grandi dimensioni. Si è passati, in molti settori di attività, dal libero negoziato sui termini dello scambio alla libertà di scelta delle cose. Sicché la libertà del singolo trova oggi difesa non più nell'assenza di leggi ma proprio nelle leggi regolatrici del mercato.

### **13.2. L'integrazione suppletiva: gli usi e l'equità**

È da escludere che gli usi (da intendersi quali usi normativi, rilevanti ai sensi dell'art. 8 delle preleggi<sup>425</sup>) e l'equità abbiano valore cogente tale da poter essere utilizzati dal giudice o dall'interprete come regole sostitutive di ciò che le parti hanno programmato.

Il valore  
dell'equità  
integrativa

Ciò si ricava da una esegesi attenta dello stesso articolo 1374 c.c. il quale “non contiene, con riferimento ad usi ed equità quel principio di sostituzione che appare nell'art. 1339... Né contiene quella comminatoria di nullità che opera per il disposto combinato degli articoli 1418 e 1343, quando il contratto è illecito”. Dove il legislatore ci dice “nella sede apposita che il controllo dell'ordinamento sul contenuto del contratto è arricchito dall'ordine pubblico e dal buon costume: non dice che all'ordine pubblico e al buon costume sia equiparata l'equità”.

---

<sup>425</sup> Diversi dagli usi normativi sono gli usi contrattuali, rilevanti ai fini dell'art. 1340 c.c.

Sicché la norma nel precisare che il contratto “obbliga ... anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità” non può essere letta come se “dicesse che l’uso e l’equità prendono il posto di quanto espresso nel contratto”. “Il giudice non potrà mai evocare l’art.1374 per ridurre il prezzo esoso o elevare il canone locatizio non remunerativo. Potrà intervenire se glielo consentono altri articoli del codice o altre leggi speciali”. “Il richiamo agli usi o all’equità pesa solo se il silenzio delle parti ha aperto una lacuna o un’ambiguità”<sup>426</sup>.

Né è possibile potenziare il significato dell’equità con norme o principi costituzionali perché “sarebbe ridicolo proteggere interessi sociali o collettivi mediante norme meramente suppletive”<sup>427</sup>.

Ciò che è stato possibile per la clausola di buona fede non è possibile per l’equità per due fondamentali ragioni.

La buona fede si impone come criterio di valutazione dei comportamenti inderogabile per le parti. La regola crea diritti e doveri che traggono diretta ispirazione dell’art. 2 della Costituzione. L’equità ha solo una funzione correttiva e suppletiva, salvo che la legge disponga diversamente. In certi casi, appunto, è la legge che attribuisce all’equità un valore di riequilibrio o di determinazione che si impone in modo cogente. Il richiamo dell’art. 1374 ha questo significato. Indica una funzione suppletiva degli usi e dell’equità e richiama in via riassuntiva tutte le disposizioni che consentono al giudice di pronunciarsi secondo equità in modo cogente<sup>428</sup>.

---

<sup>426</sup> R. SACCO, in *Il contratto*, in R. Sacco - G. De Nova, cit., p. 410 ss.

<sup>427</sup> R. SACCO, *op. loc. cit.* In senso analogo, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 490 il quale osserva che l’integrazione secondo equità debba essere effettuata dal giudice in conformità agli scopi obiettivi del regolamento di interessi, tenendo conto delle circostanze concrete. Al giudice dunque è precluso modificare il contenuto dell’accordo ove ritenuto iniquo, né può adottare soluzioni non coerenti con il programma negoziale.

Di diverso avviso, altri individua nella integrazione secondo equità la correzione o il completamento della volontà contrattuale. Al riguardo, v. F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, (a cura di) Scialoja, Branca, cit., p. 90 ss.

In tema, v. altresì A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, in *Corr. Giur.*, 2000, p. 1486; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. impr.*, 1999, p. 83.

<sup>428</sup> V. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Comm. Cod. civ.*, (dir.) P. Schlesinger, Milano, 1998, p. 139 ss. il quale, rilevata la progressiva erosione del principio di equità in favore di quello di buona fede, osserva come la previsione contenuta all’art. 1374 c.c. sia priva di valore precettivo autonomo, con una funzione ricognitiva di quell’insieme di previsioni ove la legge consente il ricorso al criterio integrativo dell’equità.

### **13.3 La buona fede nella formazione e nella esecuzione del contratto**

Gli articoli 1337 e 1375 c.c. contengono una regola fondamentale volta a disciplinare la fase di conclusione e di esecuzione del contratto. Per comprenderne il significato e per precisare il suo attuale ruolo occorre distinguere vari fasi di approfondimento. Si dovrà in particolare: precisare il contenuto della regola e la sua evoluzione, delimitare il suo ruolo nella fase di conclusione e formazione del contratto, precisare i rapporti con le norme di validità, chiarire la natura della responsabilità pre-contrattuale.

Sino agli anni ottanta del secolo scorso la giurisprudenza italiana aveva assunto una posizione assai restrittiva. La buona fede era considerata fonte di responsabilità solo in presenza della violazione di un diritto altrui, riconosciuto in base ad altre norme. Con ciò si negava l'autonomia precettiva della regola che rappresenta invece uno delle fondamentali novità del nuovo codice.

Le sentenze degli ultimi venti anni hanno assunto piena consapevolezza del valore di clausola generale che crea diritti e obblighi per le parti del contratto, già nella fase delle trattative e della formazione. Utile è dunque un richiamo a queste nuove acquisizioni sul piano interno e comunitario.

#### **13.3.1. La buona fede nel sistema italiano**

Occorre fare un minimo di chiarezza sul contenuto della regola e sulle conseguenze della sua violazione.

È noto che sono diversi i modi di precisare il contenuto della buona fede.

Per alcuni, essa può integrare il regolamento solo in modo rispettoso della volontà espressa nel testo<sup>429</sup>, salvo che la legge individui una diversa funzione. Per altri, la clausola generale filtra e realizza determinati fini dell'ordinamento<sup>430</sup>. Per altri ancora, essa ha

---

<sup>429</sup> C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. XXXV ss. e per una sintesi delle varie posizioni G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, Milano, 2005, p.157 ss.

<sup>430</sup> A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.



funzione di riequilibrio delle posizioni delle parti e una funzione re-distributiva<sup>431</sup>.

Sono due in sintesi le posizioni.

Da un lato, il dovere di correttezza si reputa un limite interno ai diritti e obblighi delle parti con funzione auto-integrativa del regolamento privato. Dall'altro, è considerata una valutazione esterna all'atto in funzione di controllo e di etero-integrazione<sup>432</sup>.

La verità è che si ha difficoltà a «conciliare la buona fede con il modello tradizionale della fattispecie e dei suoi effetti». Ciò perché essa amplia gli obblighi delle parti e non si colloca fra gli effetti, ma attiene all'atto ed è espressione di un «ordine rimediabile che si sovrappone al programma contrattuale»<sup>433</sup>. In questa dimensione operativa lo stesso dubbio, se il ruolo della clausola sia interno all'atto di autonomia o ad esso estraneo, si attenua nella considerazione che la «finalità privata dell'atto non può che uniformarsi ad una doverosità di contegni che la buona fede da sempre esprime»<sup>434</sup>.

### 13.3.2. L'evoluzione della giurisprudenza italiana

Già nel 1994<sup>435</sup>, la Corte di Cassazione considera la clausola come «un limite interno di ogni situazione soggettiva» che «concorre alla relativa conformazione» «per modo che l'ossequio alla legalità formale non si traduca in sacrificio della giustizia sostanziale e non risulti disatteso quel dovere (inderogabile) di solidarietà, oramai costituzionalizzato». Dovere che applicato «ai contratti ne determina, integrandolo, il contenuto e gli effetti (art. 1374 c.c.) e deve ad un tempo orientarne l'interpretazione (1366 c.c.) e l'esecuzione (1375 c.c.) ». Tali enunciati sono poi ripresi e sviluppati nelle sentenze in tema di riducibilità d'ufficio della penale ove si dà atto del pieno riconoscimento della costituzionalizzazione dei rapporti di diritto

---

<sup>431</sup> A. SOMMA, *Buona fede contrattuale e gestione del conflitto sociale*, in *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, p. 75 ss.

<sup>432</sup> Critico su entrambi gli orientamenti S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 1037 e per diverse posizioni sul tema H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2003, p. 659 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa dir. priv.*, 2006, p. 62 ss.

<sup>433</sup> A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, op. cit., p. 354.

<sup>434</sup> C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, *Trattato dei Contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1020 ss.

<sup>435</sup> Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, p. 1296.

privato per effetto dell'art. 2 della Carta Costituzionale e della regola di buona fede da cui l'assetto pattizio non può ritenersi svincolato<sup>436</sup>.

Il collegamento fra buona fede e normativa costituzionale è chiaramente delineato da tali sentenze<sup>437</sup> dalle quali si evince che:

a) la regola ha immediata valenza anche in forza della previsione dell'obbligo di solidarietà contenuto nell'art. 2 della Costituzione italiana. Sicché «buona fede e correttezza consentono al giudice di operare, nel caso concreto, l'indispensabile collegamento delle disposizioni particolari di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento».

b) il principio di solidarietà non è un obbligo morale ma «la base sulla quale devono fondarsi le soluzioni di tutti quei conflitti in cui si debba decidere a chi accollare le conseguenze negative di un comportamento dannoso». «In assenza di una norma espressa che valuti tale contegno il danno resterebbe a carico di chi lo subisce. La buona fede e il principio di solidarietà consentono di imputare il danno a chi non ha osservato la regola di correttezza, in presenza di un nesso di causalità».

### 13.3.3. Sulla discrezionalità del giudice

L'evoluzione degli ultimi decenni provoca una svolta netta rispetto al passato. Si abbandona l'idea che l'ordine giuridico debba solo assicurare un controllo procedurale sulla formazione del consenso (*solus consensus obligat*) e muta il rapporto contratto-legge-giudice<sup>438</sup>.

Il corollario del precedente assetto era chiaro: la volontà (integra) ha un effetto normativo limitato soltanto dalla legge. Solo ragioni di ordine pubblico (e quindi politiche) possono esigere correzioni materiali dell'accordo, mentre il giudice può accertare l'invalidità del contratto. Ciò perché l'assetto voluto può essere contraddetto solo da un'esigenza di giustizia sociale individuata e mediata in via esclusiva dalla legge che interviene per contrapporla al contratto<sup>439</sup>. Caduta la fiducia nell'intervento diretto dello Stato e acquisita la consapevolezza,

---

<sup>436</sup> Cass., 24 settembre 1999, n. 10511, in *Foro it.*, 2000, I, p. 1929, nota A. PALMIERI; Cass., sez. un., 23 giugno-13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida dir.*, 2005, 38, p. 34 ss.

<sup>437</sup> v. anche Cass., 13 gennaio 1993, n. 343, in *Vita not.*, 1995, p. 674, nota PASQUINO.

<sup>438</sup> v. M. BARCELLONA, *La buona fede e il controllo giudiziale del contratto*, in *Il contratto e le tutele*, a cura di S. Mazzamuto, Torino, 2002, p. 305 ss.

<sup>439</sup> v. M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*, p. 7 (del dattiloscritto).

nelle teorie della giustizia, di una maggiore attenzione ai diritti individuali rispetto all'utilità collettiva, mutano oggetto e soggetto del controllo. Le valutazioni sul contenuto del contratto sono affidate non solo e non tanto ad elementi strutturali come la volontà e la causa, quanto anche ad un controllo di razionalità tramite buona fede attuato dal giudice<sup>440</sup>.

Sui tratti di questa tendenza il giudizio può essere diverso.

Si può intravedere nella precedente superiorità della legge un rigoroso rispetto della separazione dei poteri legislativo e giudiziario e un argine ai poteri che si formano spontaneamente sul mercato, e si può individuare nella discrezionalità affidata al giudice un cedimento ad una logica individuale priva di un controllo effettivo sui grandi affari che sfuggono ad ogni valutazione offerta dal diritto dei contratti<sup>441</sup>, oppure, più realisticamente, si possono cogliere le ragioni del nuovo in fatti e mutamenti stratificati nel tempo. La crisi della sovranità popolare e dello Stato di fronte ai processi di mondializzazione e di uniformazione di regole e il diverso ruolo e funzione della legge rispetto al mercato esigono mutamenti profondi nel modo e negli strumenti per garantire un tendenziale equilibrio nel contratto<sup>442</sup>.

In tale contesto, il richiamo della buona fede e della correttezza ha una funzione di integrazione del giudizio sui contegni dei privati secondo una razionalità che può essere assicurata proprio da una clausola generale in grado di tener conto dell'assetto complessivo e di tutte le circostanze dell'affare<sup>443</sup>.

L'ampliamento dei poteri del giudice è anch'esso un esito logico del mutato assetto normativo. Prende atto dell'insufficienza della legge ed è una scelta necessitata considerando i due corni dell'alternativa. Lasciare alla norma il compito di colmare ogni lacuna nell'assetto privato<sup>444</sup> o consentire al giudice di "integrarlo nella maniera che ritiene più conforme e più rispettosa dell'interesse delle parti" e del dovere di correttezza che grava su di esse. Come si è osservato, i timori di un aumento della sua discrezionalità sono in gran parte infondati se si tiene conto che il giudizio secondo buona fede e la valutazione giusto-ingiusto non crea preoccupanti novità rispetto «al

---

<sup>440</sup> v. BRECCIA, *Morte e resurrezione della causa: rimedi*, op. cit., p. 5 segg.

<sup>441</sup> M. BARCELLONA, *op. ult. cit.*

<sup>442</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>443</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>444</sup> Illuminanti le pagine di P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, in part. p. 25 ss., e p. 85 ss.

libero convincimento che al giudice gli ordinamenti moderni riconoscono in generale sul terreno della qualificazione vero-non vero relativamente ai fatti»<sup>445</sup>.

Un problema può essere la propensione di chi giudica a formulare convincimenti personali e non criteri di valutazione basati su di una razionalità obiettiva che la clausola ha la funzione di richiamare, ma ciò può essere esorcizzato sia con orientamenti precisi del legislatore e della dottrina, sia da un recente indirizzo giurisprudenziale della Cassazione italiana. La quale ha precisato le modalità con cui deve avvenire il giudizio che attua una norma elastica, un concetto indeterminato o una clausola generale, e ha precisato che tale decisione non appartiene alla valutazione del fatto incensurabile in sede di legittimità ma rappresenta anzi una decisione di diritto, soggetta ad impugnazione ai sensi dell'art. 360 n. 3 c.p.c.<sup>446</sup>.

La Corte ritiene che, in tali casi:

a) «il giudice di merito compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma..in quanto dà concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale»;

b) tale «giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice di merito deve ... conformarsi oltre che ai principi dell'ordinamento, individuati dal giudice di legittimità, anche ad una serie di standard valutativi esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente».

c) «la valutazione di conformità ... dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida»<sup>447</sup>.

In tal modo, come si è osservato, la Cassazione ha ritenuto sindacabile attraverso un controllo di legittimità l'attività del giudice che applica una clausola generale «ritenendo tale giudizio di diritto e non di fatto» e dunque sottoposto alla verifica da parte della Cassazione sulla modalità con cui si riempie di contenuti il dovere di

---

<sup>445</sup> C. CASTRONOVO, *op. cit.*, p. 22.

<sup>446</sup> ID., *op. loc. cit.*

<sup>447</sup> Tali osservazioni sono tratte testualmente da E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*, in *Foro it.*, 1999, I, c. 1891, nota a Cass., sez. lav., 18 gennaio 1999, n. 434.

correttezza<sup>448</sup>. Il che costituisce limite preciso ad ogni decisione arbitraria e orientamento sicuro per l'interprete<sup>449</sup>.

### 13.3.4. Sui contenuti della discrezionalità

Al di là del solo generico riferimento alla Costituzione che può rischiare di non fornire sempre un criterio di giudizio preciso è utile cogliere le correlazioni con le norme che attribuiscono rilevanza nuova a circostanze soggettive.

- Il Codice civile durante la fase della formazione dell'accordo reprime il dolo, la violenza, l'errore. Nelle leggi speciali si impongono ai contraenti obblighi specifici di informare, di non abusare del proprio potere da cui si devono trarre indicazioni nel concretizzare il contenuto della regola.

- Ancora il Codice protegge l'incapace naturale (428), l'insano di mente (414) il prodigo, chi fa uso di sostanze alcoliche o di stupefacenti (415), ma di recente si è introdotta una nuova disciplina che detta "Misure di protezione delle persone prive in tutto o in parte di autonomia" (Titolo XII capo I art. 404 ss.). Ciò da rilievo giuridico ad una serie di circostanze soggettive che arricchiscono i criteri di formulazione di un giudizio di correttezza o scorrettezza di chi contrae con tali soggetti.

- A ciò deve aggiungersi un valore precettivo ulteriore nelle leggi di settore che fissano limiti alla discrezionalità di un contraente in funzione di tutele differenziate<sup>450</sup>.

## 13.4. La buona fede del diritto comunitario

La regola di buona fede ha un ruolo preminente nei Principi di diritto europeo dei contratti, tanto da costituirne il vero *esprit collectif*<sup>451</sup> capace di fissare tratti di comunanza e di dialogo fra tradizioni culturali molto diverse: il diritto continentale che da sempre crede e utilizza la

---

<sup>448</sup> E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione*, ult. cit.

<sup>449</sup> E. FABIANI, *Sindacato della Corte di cassazione*, ult. cit.

<sup>450</sup> H. COLLINS, *La giustizia contrattuale in Europa*, op. cit., p. 659 ss.; G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, op. cit., p. 53 ss.; ID., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 750 ss.

<sup>451</sup> O. LANDO, *Lo spirito dei Principi del diritto contrattuale europeo*, in *Il codice civile europeo, Materiali dei seminari 1999-2000*, raccolti da G. Alpa e E. M. Buccico, Milano, 2001, p. 41.

clausola generale<sup>452</sup> ed il mondo della *common law* che vede in essa, spesso, un “vago concetto” che può rendere le decisioni giurisprudenziali imprevedibili e di disturbare, perciò, le transazioni commerciali bisognose di certezze e di prevedibilità<sup>453</sup>.

### *La buona fede nei Principi Lando e nel CFR*

L'affermazione che le parti sono libere di stipulare contratti e di determinarne il contenuto nel rispetto della buona fede può essere interpretata seguendo la logica interna dei Principi o nel contesto più ampio delle Direttive e della giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Nella prima prospettiva l'art. 1:102 va letto in connessione con la sua definizione di obbligo generale che grava sulle parti (art. 1:201) e con altre disposizioni particolari previste in ogni fase di formazione, adempimento e attuazione del contratto o di esercizio di un diritto, ove il dovere di agire correttamente implica una pluralità di situazioni doverose.

In alcuni casi si impone di «non svolgere trattative contrattuali in mancanza di una reale volontà di raggiungere un accordo» (art. 2:301), di non «rivelare informazioni confidenziali fornite dall'altra parte» (2:302), di non trarre «vantaggio iniquo dalla dipendenza, dalle difficoltà economiche o altra debolezza dell'altra parte» (4:109). In altri si prevede che il dovere di correttezza fa «emergere clausole tacite dal contratto» (6:102). Crea per una parte il diritto a «correggere una prestazione inesatta» (8:104). Esige altri tipi di prestazioni non tipizzate (9:102)<sup>454</sup>.

La regola, dunque, consente di valutare contegni ma anche di «rimediare alla incompletezza» del contratto (v. 6:111, ma anche 2.17, 3.10, 4.8, 6.2.3 del testo predisposto dall'Unidroit) con una funzione

---

<sup>452</sup> C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, ed. it. a cura di C. CASTRONOVO, Milano, 2001, p. XXX ss.; v. altresì l'ampia nota di commento all'art. 1:201, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, op. cit., p. 119 ss., ove si descrivono due modelli diversi: la Germania che ha riconosciuto da tempo un obbligo generale di rispetto della buona fede e l'Inghilterra ove manca una tale previsione generale. Fra i due estremi gli altri ordinamenti “oscillano tra questi due opposti. Riconoscono la buona fede e la correttezza come un principio generale, ma tali principi non hanno attinto il medesimo livello di penetrazione nella disciplina del contratto” (p. 119). V. da ultimo L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, p. 452 ss.

<sup>453</sup> R. GOODE, *The concept of “Good Faith” in English Law*, Roma, 1992; ID., *Commercial Law*, Penguin, 2004; G. TREITAL, *The Law of contract*, 9<sup>a</sup> ed., 1995.

<sup>454</sup> Utilissime, ancora, le limpide note di commento ai singoli articoli in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit.; e la ricca sintesi di C. CASTRONOVO, *ivi*, p. XIII ss.

integrativa del contenuto, riconosciuta in modo diverso nei vari ordinamenti nazionali<sup>455</sup> e accolta nei Principi con una disposizione che consente al giudice, in presenza di un'eccessiva onerosità della prestazione sopravvenuta e imprevedibile, di sciogliere il contratto o di modificarlo «in maniera giusta ed equa» e di condannare al risarcimento dei danni se una parte ha rifiutato di «intavolare trattative» o le ha iniziate «in maniera contraria alla buona fede e alla correttezza» (6:111, 3 a), b))<sup>456</sup>.

Interpretando assieme queste “disposizioni generali”, si è osservato che la buona fede, nel testo dei Principi, non ha una funzione eteronoma ma di autointegrazione del regolamento e dell'equilibrio suo proprio, posta in luce dal fatto che la clausola «coopera con la volontà delle parti per fare emergere l'assetto che avrebbero scelto se vi avessero potuto provvedere da sé»<sup>457</sup>. Una finalità che consente di «rimodellare il contratto» di fronte a situazioni non previste o in ipotesi di squilibrio (4:105, 6:111). Un modo di operare che espande la logica «impressa dalle parti al loro atto e la proietta su ciò che il contratto non risulta aver regolato»<sup>458</sup>, con un'operatività diversa dal criterio di ragionevolezza<sup>459</sup>.

---

<sup>455</sup> V. sul punto in Italia F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, p. 305 ss.; G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000; V. ROPPO, *Il contratto*, Milano, 2001, p. 1025 ss.; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss.; R. PARDOLESI, *Regole di “default” e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica del diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451.

<sup>456</sup> Per una preziosa prospettiva di sintesi v. ora: G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Le riforme dei codici in Europa e il progetto di codice civile europeo, Materiali dei seminari 2001*, raccolti da G. Alpa e E. M. Buccico, cit., p. 118 ss.; e sulla buona fede nell'integrazione del contratto, L. NANNI, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988 e ancora G. ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000.

<sup>457</sup> C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XL.

<sup>458</sup> C. CASTRONOVO, *op. ult. cit.*

<sup>459</sup> Sul criterio di ragionevolezza v. l'art. 1:302 e il commento, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 131, ove esiste un utilissimo richiamo agli articoli che fanno riferimento alla regola e alle funzioni che essa svolge. Da un'analisi sistematica emerge che il principio non genera obblighi e diritti, ma «attiene alle modalità esecutive secondo le quali gli obblighi stessi trovano migliore attuazione» (C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., p. XLII); in relazione ad un'attesa o affidamento di una parte (1:303, 4; 2:102; 2:202, 3; 3:205, 3; 3:206; 3:209, 3; 5:101, 3; 6:111, 2 a; 8:103, 2; 8:108, 1; 9:503) al tempo per agire (2:206, 2, 3; 3:203; 7:102, 3; 7:109, 2; 8:106, 3; 8:105, 2; 8:108, 3; 9:303, 2, 3; 9:506) o per comunicare la volontà (4:113, 1, 2; 6:109; 8:104, 3) alla valutazione in certi casi di una clausola o del prezzo giusto (4:105, 3; 4:115; 6:104; 6:105; 6:106, 2; 7:110, 2 a b; 9:101, 2 a; 9:506; 9:509, 2) dello sforzo richiesto ad una parte (7:110, 1; 9:102, 2 a; 9:505, 1) o della proporzione tra due esigenze (9:201, 1) o della probabilità del verificarsi di un evento (1:303, 2; 8:105, 1; 9:105, 2 b).

Tutto ciò in una prospettiva che non si appiattisce sul modello europeo-continentale al fine di agevolare un raffronto con l'ambiente di *common-law*, ostile ad uno strumento che consente al giudice di sovrapporsi alla volontà delle parti<sup>460</sup>.

Tale confronto è difficile e ne sono una prova i segni di ambiguità presenti, ora, nell'articolo III 1:103 del DCFR che introduce una novità rispetto al testo dei Principi Lando.

Dopo aver ribadito nelle *General provisions* (I 1:102) il ruolo della clausola generale e la sua incidenza sulle *Obligations and corresponding rights*, si restringe la sua operatività. L'art. III 1:103 3 dispone che l'inadempimento dell'obbligo di buona fede non comporta un rimedio per l'inadempimento, ma può precludere alla persona inadempiente di esercitare o fare affidamento su un diritto, rimedio o difesa che essa avrebbe.

Questo inciso ha chiaramente il fine di porre un freno all'idea che la clausola sia uno strumento generale di controllo<sup>461</sup> e si propone, certo, di limitare la possibilità per il giudice di trarre da essa nuovi diritti e doveri per i contraenti<sup>462</sup>. Ma il testo, proprio per la sua ambiguità, lascia spazio a diverse letture.

In esso si dice che la violazione della buona fede non comporta inadempimento, al contrario di quanto sostiene la giurisprudenza italiana, ma ciò non esclude affatto che dal dovere di *good faith* possano sorgere nuovi obblighi e diritti. Non fosse altro perché la disposizione riconosce al contraente in buona fede contro l'altro in mala fede, il diritto di impedire l'esercizio di un diritto, rimedio o difesa. Il che integra, con una formulazione a maglie larghe, la capacità integrativa della clausola che concerne, sempre, una valutazione procedurale sui contegni che arricchisce diritti e doveri delle parti del contratto.

---

<sup>460</sup> V. ancora C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, cit., p. XXXII; e GOODE, *The concept of "Good Faith"*, in *English Law*, Roma, 1992.

<sup>461</sup> H. BEALE, *General clauses and specific rules in The Principles of European Contract Law: the Good faith clause*, in S. Grundman e D. Mazeaud (eds.), *General Clauses and Standard in European Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 205-218, il quale esclude che la buona fede possa essere uno strumento omnicomprensivo di controllo e limita il suo contenuto ad un giudizio di ragionevolezza. In senso decisamente contrario v. O. LANDO, *Is good faith an Over-Arching General Clause in the Principles of European Contract Law?*, in *European Review of Private Law*, 2007, 6, p. 841 ss.

<sup>462</sup> M. W. HESSELINK, *Common Frame of Reference & Social Justice*, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2008/04, in <http://ssrn.com>; v. anche dello stesso autore *The concept of Good Faith*, in Hartkamp et al. (eds.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, 2004; e S. WHITTAKER & R. ZIMMERMAN, *Good Faith in European contract law: surveying the legal landscape*, in R. ZIMMERMAN & S. WHITTAKER (eds.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, 2000, p. 7-62.



Il vero è che nella formulazione dell'art. III 1:103 3 si nota chiaramente il diverso metodo di analisi dei giuristi di *common law* e di *civil law*. La cultura anglosassone tende naturalmente a ragionare in termini di rimedi e di limite ad esperire rimedi, mentre teme, da sempre, il proliferare di diritti, specie di fonte non ben definita. I giuristi continentali operano sempre sulla base della definizione delle posizioni soggettive e un ruolo autonomo della buona fede non può che determinare, secondo questa mentalità, il sorgere di nuovi diritti e doveri.

Se si va oltre il rispettivo orizzonte si può forse riuscire a concordare su di un punto essenziale. La buona fede è strumento procedurale di controllo dei contegni delle parti e come tale assume una funzione rimediale nel disporre una valutazione negativa e un conseguenza risarcitoria a carico di chi viola tale dovere.

#### *La buona fede nel diritto comunitario (l'acquis)*

Se ci spostiamo dal testo dei Principi al contesto in cui sono destinati ad operare emergono dal corpus delle Direttive alcuni elementi significativi su cui è opportuno soffermarsi.

Il confronto va eseguito con estrema cautela perché si tratta di provvedimenti eterogenei dove non è mai disciplinato il contratto in generale, formulati con ambiguità terminologiche, attuati in modo diverso nei vari ordinamenti nazionali<sup>463</sup>. Sicché da essi non è possibile costruire una disciplina unitaria ma, casomai, una serie di orientamenti coerenti con i principi comunitari.

Con questi limitati obbiettivi è possibile individuare da un lato modalità di intervento sull'atto che impongono un contenuto minimo essenziale, limitano il potere di modificare il contratto e introducono requisiti formali in funzione di protezione<sup>464</sup>; dall'altro, criteri di valutazione dei contegni con espresso riferimento alla buona fede.

---

<sup>463</sup> G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 1999, p. 3 ss., 128 ss.; C. CASTRONOVO, *I principi di diritto europeo dei contratti e l'idea di codice*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 854 ss.

<sup>464</sup> V. tra le altre la Dir. 93/13/CEE, pubbl. in G.U. L. 095 del 21/04/1993, p. 29, sulle clausole abusive; Dir. 97/7/CE in G.U. L. 44 del 04/06/1997 sulle vendite a distanza, p. 191; Dir. 84/450/CEE in G.U. L. 250 del 19/09/1984, p. 17, modificata dalla Dir. 97/55/CE in G.U. L. 290 del 23/10/1997, p. 187, sulla pubblicità ingannevole e comparativa; Dir. 87/102/CEE, modificata dalla Dir. 97/7/CE in G.U. L. 101 del 01/04/1998, p. 17, sul credito al consumo; Dir. 93/22/CEE, in G.U. L. 141, del 11/06/1993, p. 27, modificata dalla Dir. 97/9/CE, in G.U. L. 84, del 26/03/1997, p. 22, sull'investimento nel settore dei valori mobiliari; Dir. 94/117/CE, in G.U. L. 280, del 29/10/1994, p. 73, sulla vendita in multiproprietà; Dir. 99/44/CE in G.U. L. 171, del 07/07/1999, p. 12, su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di

Emblematica in questo ultimo senso la Direttiva 93/13/CEE che trattando dei contratti dei consumatori nel considerando n. 16, definisce la clausola come una valutazione globale sull'atto che deve tener conto di alcuni fattori determinati. La forza delle rispettive posizioni dei contraenti, l'esistenza di condizionamenti nel prestare il consenso, la presenza o meno di un ordine del consumatore, le modalità del contegno del professionista con la controparte di cui si deve tenere presenti i legittimi interessi<sup>465</sup>.

È chiara l'influenza del modello tedesco costruito dalla giurisprudenza sin dai primi decenni del '900 e recepito nella legge del 1966 solo novellata in attuazione della Direttiva, ma dal confronto con gli altri ordinamenti si ricava una differenza più formale che sostanziale.

In Francia, si elimina il riferimento all'abuso di potere economico del professionista per valutare l'abusività ma tale elemento era da tempo in giurisprudenza presunto nelle contrattazioni fra professionisti e consumatore. In Inghilterra, il quadro è più complesso: era già in vigore un controllo di tipo amministrativo e giudiziario e la Direttiva è stata recepita con un Regolamento che mantiene in vita anche la precedente legge del 1977. Fra i due provvedimenti vi è diversità: la legge del 1977 rimette la valutazione ad un controllo di ragionevolezza e il Regolamento di attuazione ad un giudizio di buona fede. Se però si analizzano le guide-line dei rispettivi allegati è facile constatare che si indicano dei criteri di valutazione in larga misura coincidenti con quelli della Direttiva Comunitaria, anche se con un ambito operativo diverso: la legge si riferisce ai contratti di impresa, il Regolamento ai contratti fra professionisti e consumatori<sup>466</sup>.

---

consumo. Per alcuni approfondimenti v. *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999; v. altresì Dir. 2000/35/CE del 29/06/2000, in G.U. 08/08/2000 sui termini di pagamento e al legge di recezione D.lgs. 20 settembre 2002.

<sup>465</sup> Direttiva 93/13/CEE del Consiglio del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, nel considerando n. 16 si dice che "la valutazione del carattere abusivo di clausole ... deve essere integrata con uno strumento idoneo ad attuare una valutazione globale dei vari interessi in causa", criterio che si esplica nel requisito della buona fede che implica "una particolare attenzione alla forza delle rispettive posizioni delle parti, al quesito se il consumatore sia stato in qualche modo incoraggiato a dare il suo consenso alle clausole e se i beni o servizi siano stati venduti o forniti su ordine speciale del consumatore". Si osserva poi che il professionista può soddisfare il requisito della buona fede trattando in modo leale ed equo con la controparte, di cui deve "tenere presenti i legittimi interessi".

<sup>466</sup> V. sul punto A. MUSIO, *La buona fede nei contratti dei consumatori*, Napoli, 2001, p. 143 ss. e L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario: l'esempio della Direttiva sulle clausole abusive nei contratti con i consumatori ed il principio di buona fede*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 451 p. 451 ss., sul rapporto fra *unfairness* e buona fede, nonché sui

### *Una prospettiva di sintesi.*

Se coordiniamo le norme generali previste nel codice, le leggi speciali e la giurisprudenza della Corte di Cassazione è possibile ricavare un significato costante della buona fede. Con essa si fa riferimento ad un dovere che sorge indipendentemente dalla volontà delle parti, preesiste alla formazione del contratto e impone obblighi specifici di comportamento rilevanti sotto vari profili.

La clausola consente un giudizio di riprovazione dei contegni e su questa base va sperimentata una consonanza con la *common law* che reprime la scorretta procedurale e attribuisce rilevanza alle ragionevoli aspettative delle parti<sup>467</sup>. Fra le quali si deve considerare l'affidamento di un contraente a che l'altro osservi nei suoi confronti, non solo i contegni a cui è tenuto in virtù del rapporto ma anche di tutti gli altri contegni richiesti dalle norme o da doveri specifici presenti in settori determinati di attività<sup>468</sup>.

### **Giurisprudenza**

«Una tale interpretazione, infatti, è in contrasto con i principi di buona fede e correttezza come ormai facenti parte del tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico.

---

criteri previsti dalla *Schedule 2* delle Regulation del 1994 che richiama il considerando n. 16 della Direttiva.

<sup>467</sup> L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *L'interazione del diritto inglese con il diritto comunitario*, cit., p. 452 ss.

<sup>468</sup> R. BROWNSWORD, (a cura di) *Good faith in contract: concept and context*, Dartmouth, 1999, reputa che la teoria delle aspettative ragionevoli possa essere utilizzata per recepire il concetto di buona fede nel diritto inglese; v. A. LORDI, *Autonomia privata ed equilibrio contrattuale*, in [www.jus.unitn/cardoza/Review/Contract/Lordi1.html](http://www.jus.unitn/cardoza/Review/Contract/Lordi1.html). Su uno dei pochi precedenti giurisprudenziali in tema di clausole abusive e di contrarietà alla buona fede v. ancora L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *op. cit.*, p. 461, ove si riferisce sul caso (Director General of Fair Trading - First National Bank) deciso (nel 2000) in primo grado dalla Chancery division della High Court e in secondo grado dalla Court of Appeal la quale applica il criterio di contrarietà alla buona fede tenendo conto della "gravità degli obblighi" della "sorpresa" e della "superiorità del potere contrattuale della banca" (p. 463). La pronuncia della House of Lords è improntata alla massima cautela sul requisito della buona fede. Si reputa non necessario un intervento chiarificatore della Corte di Giustizia e si mostra piena consapevolezza della emersione della clausola nel contesto europeo. La Corte tuttavia "non riesce a dissipare la sensazione che i giudici inglesi siano restii a sfruttare a fondo le potenzialità dello strumento", così L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *op. cit.*, p. 466.

In questa ottica deve, infatti, – ancora una volta – ribadirsi che l’obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale – la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica, proprio per il suo rapporto sinergico con il dovere inderogabile di solidarietà di cui all’art. 2 Cost., che a quella clausola generale attribuisce forza normativa e ricchezza di contenuti –, applicabile, sia in ambito contrattuale, sia in quello extracontrattuale.

In questa prospettiva, si è giunti ad affermare che il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo o integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi (v. S.U. 15.11.2007 n. 23726 ed i richiami ivi contenuti). Calato, poi, nell’ambito contrattuale, va affermato che il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all’esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase.

La buona fede, pertanto, si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell’altra parte» (Cass., sez. III, 5 marzo 2009, n. 5348).

### 13.5. Le conseguenze della violazione

a) *Buona fede e invalidità*<sup>469</sup>. Da alcuni si è teorizzato che la violazione della regola di buona fede può comportare la nullità o comunque l’inefficacia del contratto<sup>470</sup> e si è osservato, di recente, che la clausola

---

<sup>469</sup> Riprendo qui alcune osservazioni già contenute nel saggio *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, p. 62 ss.

<sup>470</sup> v. F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 423: «non può suscitare scandalo che alla violazione della regola di buona fede possa conseguire, in base all’art. 1418 comma 1°, la nullità del contratto o, a norma dell’art. 1419, di singole sue clausole. Da quando la Cassazione ha equiparato il dolo omissivo al dolo commissivo può dirsi acquisito che la violazione della buona fede precontrattuale può produrre effetto invalidante del contratto»; dello stesso autore, *Contratto e persona giuridica nelle società di capitali*, ivi, 1996, p. 1 ss. Su questa scia si avviano ora alcuni giovani autori v. E. M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 654; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 519, il quale richiamando ancora F. GALGANO e l’idea della nullità per violazione della buona fede osserva: «quando manca una norma di legge che “disponga diversamente”, la violazione di una norma imperativa comporta nullità, quale forma generale di invalidità a

è lo strumento prioritario per garantire la giustizia del contratto (attraverso l'azione prevista dall'art.1418 c.c.). Sono convinto che debba essere rettificato tale orientamento che è tratto, in Italia, da una interpretazione non convincente di alcuni precedenti giudiziari.

Anzitutto la sentenza di legittimità, in tema di abuso di voto di un socio di maggioranza, che reputa illegittima tale manifestazione di volontà ai sensi dell'art. 2377 e dell'art. 1375. La sentenza, a ben vedere, non dichiara l'invalidità della delibera in base alla violazione della buona fede, ma con riferimento alla norma che sanziona la contrarietà dell'atto alla legge o allo statuto. L'art. 1375 integra, nella motivazione, il giudizio sui contegni del socio ed ha, nel contesto della pronunzia, una funzione integrativa del precetto che prevede espressamente la invalidità dell'atto collegiale<sup>471</sup>. Più ambigua è una recente pronunzia sulla clausola del contratto di leasing che fa gravare sull'utilizzatore il rischio della mancata consegna<sup>472</sup>. Ma l'ambiguità è contenuta solo nella massima, ove si dice che tale clausola viola il principio di buona fede ed è pertanto invalida. Se si legge con attenzione la motivazione, si trae che la Corte valuta la causa e la meritevolezza di tale pattuizione entro il tipo sociale del *leasing*, dichiarando per tale carenza la nullità. Il riferimento alla buona fede è solo un *obiter dictum*, non determinante del giudizio. E la successiva sentenza<sup>473</sup>, sullo stesso tema, ripete il precedente giudizio senza aggiungere alcunché di nuovo. D'altra parte le recenti decisioni<sup>474</sup> sulla riducibilità di ufficio della clausola penale non introducono elementi utili sul nostro problema. La prima riafferma il ruolo centrale della buona fede nella valutazione dell'atto di autonomia, ma entrambe collegano la riduzione *ex officio* ad un potere del giudice che ha la sua fonte nell'art. 1384 c.c., il quale garantisce l'adeguatezza e la proporzione della sola sanzione dell'illecito che la penale è destinata a prevenire o reprimere. Sicché è assai dubbia una sua estensione analogica<sup>475</sup>.

La verità è che la buona fede anche nelle motivazioni delle pronunzie della Corte di Cassazione italiana che si sono richiamate, integra le norme di validità e assume un ruolo, decisivo, nel coordinare

---

norma dell'art. 1418, comma 1°».

<sup>471</sup> v. Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Giur. comm.*, 1996, II, p. 329.

<sup>472</sup> Cass., 2 novembre 1998, n. 10926, in *Foro it.*, 1998, I, c. 3081.

<sup>473</sup> Cass., 6 giugno 2002, n. 8222, in *Danno e resp.*, 2002, p. 941.

<sup>474</sup> Cass., 24 settembre 1999, n.10511, in *Foro it.*, 2000, c.1929 ss.; e da ultimo Cass., sez. un., 23 giugno-13 settembre 2005, n. 18128, in *Guida al Diritto*, 2005, 38, p. 34 ss.

<sup>475</sup> V. invece in questo senso M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, cit., p. 524.

la disciplina dell'atto e dei conegni e nel ripensare gli elementi strutturali dei nuovi rimedi. La sua violazione, di per sé, non comporta nullità del contratto, ma risarcimento dei danni, come si evince dall'art. 1338 del Codice civile italiano<sup>476</sup> e da una recente sentenza della Cassazione italiana<sup>477</sup>. In essa si precisa che le norme di comportamento a carico di operatori del mercato possono avere natura di ordine pubblico, ma lo strumento di una loro ricezione non è la nullità virtuale. Per una ragione espressa in modo chiaro nella motivazione. L'art. 1418 1° comma "attiene ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardano la struttura e il contenuto del contratto (art. 1418 2° comma)". Mentre "i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale ... e la loro eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norme violate, non può dar luogo alla nullità del contratto...; a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista del legislatore"<sup>478</sup>. Tutto ciò esclude il richiamo della nullità<sup>479</sup> la quale esprime sempre la necessaria "inidoneità dell'atto" alla produzione di effetti stabili e permanenti".

b) *Buona fede e inefficacia*. Diverso è il problema della possibile inefficacia di una clausola per effetto della inesigibilità di un conegno in mala fede. In tal caso "la clausola negoziale è improduttiva di effetti non in quanto tale, ma *ab-extrinseco*, per la violazione dell'art.1375, ciò perché "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto è contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola"<sup>480</sup>.

c) *La correzione del regolamento*. Più delicata è la possibilità di correzione o integrazione da parte del giudice, secondo il criterio suggerito dall'art. 4:119 dei Principi di diritto europeo dei contratti. In base a quel modello il giudice, su domanda della parte legittimata all'annullamento, può "*modificare il contratto in modo da metterlo in armonia*

---

<sup>476</sup> G. VETTORI, *Buona fede e diritto europeo dei contratti*, in *Eur. Dir. priv.*, 2002, 4, p. 915, e ora in G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, cit., p. 166. ss., p. 181 ss.

<sup>477</sup> v. Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, con commento di V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore fra nullità, risoluzione e risarcimento (ovvero, l'ambaradan dei rimedi contrattuali)*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 892 ss., confermata da Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. contr.*, 2008, 2, p. 104 ss.

<sup>478</sup> Vedila in V. ROPPO, *La tutela del risparmiatore*, cit., p. 910.

<sup>479</sup> V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia: Modalità assiologiche della negozialità*, in *Riv. dir. civ.*, 2003, 2, p. 210.

<sup>480</sup> Così E. SCODITTI, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 131; V. SCALISI, *Invalidità e inefficacia. Modalità assiologiche della negozialità*, ivi, 2003, p. 214. V. anche Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296, nota di C.M. BARONE.

con quanto avrebbe potuto essere convenuto nel rispetto della buona fede e della correttezza<sup>481</sup>. È noto che nei vari ordinamenti nazionali il problema è affrontato in modo diverso<sup>482</sup>, mentre la dottrina italiana si è divisa a lungo a seconda del valore che si riconosce alle fonti legali nella disciplina del contratto<sup>483</sup>. Anche se l'evoluzione del pensiero ha avvicinato molto le posizioni. Fra chi reputa che l'integrazione può far emergere "quelle conseguenze che appartengono alla normalità dell'operazione economica, in esso espressa"<sup>484</sup> e chi ipotizza fonti concorrenti nella costruzione del regolamento contrattuale<sup>485</sup>, si teorizza uno "svolgimento coerente della logica impressa dalle parti ... realizzato attraverso l'imposizione di atti e modalità esecutive conformi a quanto la prassi consolidata degli affari ritiene corretto e perciò dovuto"<sup>486</sup>.

Questo esito concettuale aiuta la soluzione del problema.

Se la buona fede è considerata nella giurisprudenza italiana<sup>487</sup> ed europea<sup>488</sup> una regola di governo della discrezionalità del potere dei contraenti<sup>489</sup> e se essa, come si è detto, integra, in certi casi, le stesse norme di validità, non è affatto azzardato affermare che il giudice possa, in alternativa o in conseguenza dell'annullamento di parte del contenuto, operare quelle modifiche conformi alla intrinseca razionalità dell'operazione voluta dalle parti e rese obbligatorie dalla

---

<sup>481</sup> *Principi di diritto europeo dei contratti*, a cura di C. Castronovo, cit., p. 289 ss.

<sup>482</sup> *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. 294 ove si rinvia all'art. 1161 del *Code civil* francese, all'art. 1118 del codice civile lussemburghese, all'art. 3:54 BW, al § 935 ABGB, al § 31 del codice civile portoghese, al § 36 della legge sui contratti dei Paesi nordeuropei e in Danimarca, al diritto giurisprudenziale belga, all'art. 1450 del codice civile italiano.

<sup>483</sup> V. sul punto C. SCOGNAMIGLIO, *L'integrazione*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, nel *Trattato dei Contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 1020 ss.

<sup>484</sup> G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 281 ss.

<sup>485</sup> S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969.

<sup>486</sup> P. BARCELLONA, *Diritto privato e società moderna*, Napoli, 1996, p. 360. C. SCOGNAMIGLIO (*L'intergrazione*, cit., p. 1022, nota 10), reputa che "l'evoluzione della posizione di questo Autore – rispetto a quella assunta in precedenza nel volume *Gli Istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1970, p. 257 ss. – sarebbe di per sé sufficiente a tracciare le coordinate evolutive del problema dell'integrazione nella recente dottrina civilistica italiana".

<sup>487</sup> V. Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 (caso Fiuggi) e in particolare le sentenze sulla riduzione d'ufficio della clausola penale Cass., 24 settembre 1999, n. 105111, ivi, 2000, I, c. 1929 e Cass., sez. un., 13 settembre 2005, n.18128, in *Guida al diritto*, 1 ottobre 2005, n. 38, p. 34 ss.

<sup>488</sup> V. per il riferimento delle Corti francesi a forme di solidarismo contrattuale D. COHEN, *La bonne foi contractuelle éclipse e renaissance*, in AA.VV., *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Paris, 2004, p. 523 ss. Per le corti inglesi, High Court, 26 giugno 2003, e Court of Appeal, 21 maggio 2004, in esecuzione del caso *Courage* deciso da Corte di Giustizia, 20 settembre 2001, in *Foro it.*, 2002, IV, c. 76.

<sup>489</sup> V. G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 750 ss.

necessità di un agire corretto in quel determinato contesto. Ancora, il dubbio<sup>490</sup> se il ruolo della clausola sia interno all'atto di autonomia o ad esso esterno in funzione di controllo, si attenua in considerazione della concreta *ratio* delle norme<sup>491</sup>.

Queste considerazioni, tratte dalla disciplina generale del contratto, aiutano ad interpretare l'art. 140 del Codice di consumo ove al punto 1 lett. B, è riprodotto il testo dell'art. 3 della legge n. 281 del 1998, fissando il potere di richiedere al giudice di “adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate”. È noto che non si trae con certezza dalla legge se tale provvedimento possa essere chiesto solo dalle associazioni dei consumatori inserite nell'elenco di cui all'art. 137 o anche tramite le azioni individuali dei singoli consumatori. Il dubbio deriva dal testo del n. 9, ove si precisa che “fatte salve le norme sulla litispendenza, continenza, sulla connessione e sulla riunione dei procedimenti le disposizioni di cui al presente articolo non precludono il diritto ad azioni individuali dei consumatori che siano danneggiati dalle medesime violazioni”<sup>492</sup>. Il testo della norma potrebbe far pensare ad un doppio binario di tutela, con diversi contenuti, ma un'interpretazione sistematica della norma porta a una conclusione diversa che può seguire questi passaggi argomentativi.

L'art. 2 del Codice del consumo riconosce e garantisce i diritti *anche e non solo* in forma collettiva e associativa. L'art. 140 n. 1 consente alle associazioni di richiedere l'inibizione di atti e comportamenti lesivi, e l'adozione di misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate. L'art. 140 n. 9 fa salvo il diritto ad azioni individuali che va interpretato tenendo conto della evoluzione dottrinale e giurisprudenziale nazionale e del principio elaborato dalla Corte di giustizia ed espresso ora nell'art. 47 della Carta dei diritti. Come si è già detto, la norma e il principio che essa riafferma esigono che si dia attuazione, in Europa, alla pretesa di un rimedio efficiente, inteso come pretesa ad adeguati strumenti di tutela e idonee configurazioni processuali capaci di garantire la piena soddisfazione dell'interesse azionato<sup>493</sup>.

---

<sup>490</sup> C. CASTRONOVO, *Prefazione*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, cit., p. XXXVII; ID., *Autonomia privata e costituzione*, in *Europa dir. privato*, 2005, p. 49, nota 39, e G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, cit., p. 758.

<sup>491</sup> V. G. VETTORI, *Diritto dei contratti e costituzione europea*, cit., p. 136-140.

<sup>492</sup> V. il commento di S. BENUCCI, *sub artt. 139, 140, 141*, in *Codice del consumo*, Commentario a cura di G. Vettori, Padova, 2007.

<sup>493</sup> G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 60.



### 13.6. La buona fede nella fase di trattative e della conclusione

Occorre chiarire due aspetti.

- In quale momento sorge il dovere di condotta.
- Se l'azione di responsabilità è esperibile quando il contratto è già concluso.

La norma attribuisce rilevanza a qualsiasi condotta dell'agente "volta ad incidere su di un consenso contrattuale della vittima" e su una condotta finalizzata alla conclusione del contratto. Sicché per trattativa si deve intendere qualsiasi attività collegata ad un futuro contratto.

Più difficile è stabilire quale ruolo rivesta la regola dell'art. 1337 quando il contratto è già concluso.

Si può ritenere anzitutto che la slealtà, conosciuta dalla controparte, sia superata dall'accordo che è stato concluso successivamente. Ma ciò in mancanza di un accertamento specifico da svolgersi nel rispetto dell'onere della prova che incombe sulle parti non elimina il problema della compatibilità fra regola di responsabilità precontrattuale e contratto concluso.

Si è ritenuto sino ad un passato recente che la stessa configurabilità di un'azione ai sensi dell'art. 1337 sia preclusa dalla intervenuta conclusione del contratto<sup>494</sup>. Ma tale convincimento è stato contraddetto da una parte della dottrina e da una più recente e convincente giurisprudenza di legittimità, oggi confermata da una pronuncia delle Sezioni Unite<sup>495</sup>.

La Cassazione<sup>496</sup> si è pronunciata sulla mancata osservanza, da parte di intermediari finanziari, degli obblighi di informazione posti dalla legge 2.1.1991 n. 1. E il ragionamento svolto ha seguito le seguenti fasi:

a) tali regole attengono alla fase delle trattative e la loro inosservanza non può determinare nullità anche se hanno carattere imperativo. Ciò perchè "l'art. 1418 e il richiamo della contrarietà a

---

<sup>494</sup> Cass., 16 aprile 1994, n. 3621, in *Corr. giur.*, 1994, p. 986, nota VITTORIA.

<sup>495</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., p. 104 ss.

<sup>496</sup> Cass., 29 settembre 2005, n. 19024, cit.

norme imperative quale causa di nullità postula che esse attengano ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, che riguardino cioè la struttura o il contenuto del contratto (1418 2° comma)”. Mentre “i comportamenti tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l’esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale” Sicché la loro “eventuale illegittimità, quale che sia la natura delle norma violata, non può dar luogo alla nullità del contratto a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore”.

b) Si afferma inoltre che non è affatto vero che una volta concluso il contratto non vi sia più possibilità di ottenere un risarcimento dei danni ai sensi dell’art. 1337. Tale idea, si osserva, si fonda sul presupposto che la rilevanza di tale norma si esaurisca nella sola ipotesi in cui il comportamento abbia impedito la conclusione del contratto o abbia determinato un contratto invalido o inefficace. “Da qui l’idea che la conclusione precluda ogni questione relativa all’osservanza degli obblighi imposti alle parti nel corso delle trattative, in quanto la tutela sarebbe affidata, a partire da quel momento, alle sole norme in tema di invalidità o inefficacia”.

c) In verità “la rilevanza dell’art. 1337 va ben oltre l’ipotesi dell’ingiustificata rottura delle trattative e assume il valore di una clausola generale il cui contenuto non può essere predeterminato in maniera precisa”. Essa implica “il dovere di trattare in modo leale, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti e fornendo alle parti ogni dato rilevante conosciuto o conoscibile”. Ne deriva che “la violazione di tale regola non può non assumere rilievo anche quando il contratto posto in essere sia valido e tuttavia pregiudizievole per la parte vittima del comportamento scorretto” (1440).

d) Tale conclusione comporta una diversa valutazione del danno risarcibile. In caso di mancata conclusione del contratto sarà dovuto il solo interesse negativo (spese e occasioni perdute) per aver confidato senza colpa nella realizzazione dell’accordo (1338 c.c.). Quando invece il danno derivi “da un contratto valido ed efficace ma “sconveniente” il risarcimento deve essere individuato ... nel minor vantaggio o nel maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una delle parti, salvo la prova di ulteriori danni”.

Tale ragionamento è del tutto convincente ed è preferibile l’idea, *non condivisa da tutti*, che la conclusione di un contratto valido ed efficace non sia di ostacolo all’azione di responsabilità promossa ai sensi dell’art. 1337.

L'orientamento, come accennato, è stato confermato da una pronuncia a Sezioni unite della Corte di Cassazione<sup>497</sup>.

Di fronte a norme che impongono obblighi senza precisare le conseguenze della violazione si trattava di indicare il rimedio consentito dal sistema. La Suprema Corte utilizza una semplificazione utilissima. La violazione determina nullità se l'obbligo incide sulla struttura e gli elementi essenziali dell'atto; genera responsabilità se incide su un comportamento delle parti. Ma la vera novità è un'altra.

Si precisa che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione sui conegni posti in essere nella fase formativa e che la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido.

Ciò significa riconoscere che, a fianco delle norme sui vizi del consenso e la rescissione, coesiste ed opera una regola duttile e primaria che impone di informare, di non approfittare, di non porre in essere pratiche sleali e ingannevoli. In tal caso, pur essendo il contratto concluso e valido ma pregiudizievole per effetto di tali conegni, è possibile richiedere il risarcimento dei danni sofferti. La novità rispetto al passato anche recente è chiara. Si riteneva e si ritiene che le norme di validità esauriscano e assorbano ogni altra valutazione e che sia dunque impossibile affermare il dovere di risarcire per fatti posti in essere prima di un contratto concluso e valido. Ciò sarebbe contrario ad un'esigenza di certezza e stabilità delle relazioni giuridiche. Ma il giudicato delle Sezioni Unite fa oggi chiarezza con una pronuncia che sottende una precisa *ratio*.

Si tende, in presenza di comportamenti scorretti, a conservare il contratto e a riequilibrare l'operazione economica con il risarcimento che può avere una precisione chirurgica secondo una linea coerente con il principio del cumulo dei rimedi affermato nelle fonti e nei principi europei. La Corte di Giustizia europea, nel caso *Courage*, in presenza della domanda di risarcimento di una parte di un contratto viziato da nullità ha ritenuto possibile cumulare le due azioni superando la tradizione di *civil law* ove "l'invalidazione è destinata a prevenire e sostituire il risarcimento"<sup>498</sup>. Ancora, nel testo di *Common frame of reference* si afferma con chiarezza la cumulabilità dei rimedi che

---

<sup>497</sup> Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, con commento di G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, cit., p. 104 ss. Vedi anche Cass., 8 ottobre 2008, n. 24795, in *Foro it.*, 2009, 2, c. 440.

<sup>498</sup> Così A. DI MAJO, *Le obbligazioni*, cit., p. 141.

non siano fra loro incompatibili (art. III- 3:102), secondo una logica che ammette, in caso di lesione di un interesse protetto, tutte le tutele che sia possibile esperire salvo le ipotesi di incompatibilità logica.

Certo un tale indirizzo necessita di correttivi che è già possibile prefigurare. Innanzi tutto contro il timore di un' eccessiva discrezionalità del giudice occorre ricordare due aspetti.

Il giudice deve accertare su impulso di parte l'esistenza di un comportamento scorretto e ciò in base ad un giudizio, non di fatto ma di diritto secondo un procedimento e una motivazione che è censurabile sotto il profilo della legittimità. Sicché l'accertamento della buona o male fede è regola di diritto al pari di qualsiasi altro giudizio.

D'altra parte, la vicenda andrà esaminata in base alle circostanze specifiche e alla concreta condotta di entrambe le parti. Se la conclusione del contratto è avvenuta con la piena consapevolezza di entrambi i contraenti dell'esistenza di comportamenti scorretti non si potrà poi sollevare la violazione della buona fede senza *venire contra factum proprium*.

Queste ed altre accortezze sono del tutto idonee a consentire giudizi equilibrati e ragionevoli.

### ***Giurisprudenza***

«I comportamenti illegittimi tenuti dalle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto, quale che sia la natura della norma violata, essendo estranei alla fattispecie negoziale, non danno luogo alla nullità del contratto, a meno che tale incidenza non sia espressamente prevista dal legislatore, come nel caso dell'inefficacia delle clausole vessatorie non oggetto di specifica trattativa nei contratti dei consumatori» (Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.).

«La violazione del dovere di comportamento secondo buona fede nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto rileva non solo nel caso di rottura ingiustificata delle trattative o di conclusione di un contratto invalido, ma anche quando il contratto concluso sia valido» (Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.).

«Nel caso di conclusione di valido contratto il risarcimento del danno derivante da responsabilità precontrattuale va ragguagliato al minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal

comportamento scorretto» (Cass., sez. I, 29 settembre 2005, n. 19024, cit.).

«La violazione dei doveri d'informazione del cliente e di corretta esecuzione delle operazioni, che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi di investimento finanziario, può dar luogo a responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, ove tali violazioni avvengano nella fase precedente o coincidente con la stipulazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti. Può, invece, dar luogo a responsabilità contrattuale ed eventualmente condurre alla risoluzione del predetto contratto, ove si tratti di violazioni riguardanti operazioni di investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione. In nessun caso, in difetto di previsione normativa in tal senso, la violazione dei suaccennati doveri di comportamento può, però, determinare la nullità del contratto d'intermediazione o dei singoli atti negoziali conseguenti, a norma dell'art. 1418, comma 1, c.c.» (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, cit.).

### **13.7. Responsabilità e contratto valido: la svolta giurisprudenziale**

#### **13.7.1. Regole di responsabilità e di validità**

La Corte di Cassazione, a sezioni unite, ha pubblicato alla fine del 2007<sup>499</sup> due sentenze che debbono essere segnalate per il rigore e l'equilibrio nel tracciare i confini fra le vecchie categorie e i nuovi rimedi.

Il caso concerne i contratti di investimenti e la violazione degli obblighi di informazione<sup>500</sup> posti a carico degli intermediari finanziari, ma la decisione va oltre tale vicenda e offre un ripensamento decisivo sul rapporto fra regole di responsabilità e di validità e sull'obbligo di buona fede nella fase pre-contrattuale.

Cerchiamo di cogliere gli aspetti più significativi cominciando dal primo.

---

<sup>499</sup> Cass. sez. un. 19 dicembre 2007 n.6725 e 6724. Nel testo si farà riferimento in particolare alla prima.

<sup>500</sup> V.sul punto in questa Rivista G.Vettori, Contratti di investimento e rimedi, in *Obb.cont.*,2007,10,785 ss.

Come è noto la legge pone a carico degli intermediari finanziari obblighi di informazioni sempre più accentuati e analitici ma non si è mai pronunciata espressamente sulla nullità dei contratti conclusi in violazione di tali doveri. Ciò a partire dall'art. 6 della legge n. 1 del 1991, poi sostituito dall'art. 23 del d.lgs n.58 del 1998, sino al recentissimo d.lgs n.164 del 2007 che attua le Direttive MIFID. Da qui la diversità di soluzioni in ordine al trattamento di tali contratti e la decisioni recenti che si aprono al futuro con una riflessione attenta sulle tradizionali categorie.

Sono note le opinioni diverse espresse di recente dai giudici di legittimità.

Una prima sentenza della Cassazione aveva privilegiato la responsabilità e il risarcimento perché ,si era detto, i comportamenti delle parti nel corso delle trattative o durante l'esecuzione del contratto rimangono estranei alla fattispecie negoziale e la loro eventuale illegittimità non può dar luogo a nullità<sup>501</sup>.

Una successiva ordinanza <sup>502</sup> ha rilevato, invece, l'erosione costante, nella legislazione speciale, della netta distinzione fra regole di responsabilità e di validità e ha sottolineato come spesso la violazione di doveri di comportamento è sanzionata dalla legge con la nullità dell'atto. Si è posto così in discussione il precedente e ha vacillato l'idea che la nullità non possa essere affermata per la violazione di un dovere di tenere un determinato contegno <sup>503</sup>.

Le Sezioni Unite hanno inteso riaffermare la distinzione fra regole di comportamento e regole di validità. Con un correttivo importante.

Si osserva che la violazione delle norme di comportamento nella fase di formazione e di esecuzione del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, non determina nullità ma responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto quando non siano correttamente adempiuti il dovere di protezione e gli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente.

Ciò si ricava da un attenta ricognizione dei principi del codice civile e in particolare dell'obbligo di buona fede, esaminato come vero prototipo delle regole di comportamento. Di tali norme ( 1337 e 1375 c.c.) si precisa il contenuto e le conseguenze. Si ribadisce il loro valore di "principio immanente dell'intero sistema giuridico" che ha base nel dovere di solidarietà fissato nell'art. 2 della Costituzione e si ricorda che la violazione di quella clausola generale si può riflettere in casi

---

<sup>501</sup> Cass. 29 settembre 2005, n.19024, in Foro it., 2006,I,11005, con nota di Scoditti.

<sup>502</sup> Cass. (ord.) 16 febbraio 2007, n. 3683.

<sup>503</sup> Per questa vicenda G.Vettori, Contratti di investimento e rimedi, cit,785 ss.

specifici sugli effetti dell'atto (determinando annullabilità per dolo, rescissione o risoluzione), ma non produce mai nullità radicale pur avendo carattere imperativo.

La conclusione è che la violazione della correttezza determina, in ogni caso, responsabilità (contrattuale o pre-contrattuale) ed eventuale risoluzione del contratto. Ed è ovvio, secondo la Corte, il perché.

“ Il dovere di buona fede ed i doveri di comportamento in generale, sono troppo ..legati alle circostanze del caso concreto per poter assurgere, in via di principio, a requisiti di validità che la certezza dei rapporti impone di verificare secondo regole predefinite”.

Né tale considerazione è vanificata, secondo i Giudici di legittimità, dalle novità legislative in base ad un argomento convincente. L'evoluzione della legislazione speciale che spesso ingloba nelle regole di validità la violazione della buona fede e dei doveri di comportamento non è di per sé decisiva per un motivo chiaro. Dalle norme speciali non si può ricavare un principio applicabile a settori diversi e nulla autorizza a trarre dalle nuove disposizioni, contenenti per lo più nullità speciali, regole generali in contrasto con la impostazione del codice civile.

Resta da rimarcare un aspetto decisivo della motivazione. Un chiarimento che supera la tradizionale partizione dogmatica se solo si ha la pazienza di dedicare una lettura attenta alla motivazione. Vediamola da vicino.

La sentenza ha piena consapevolezza che l'area delle “norme inderogabili, la cui violazione può determinare la nullità del contratto (art. 1418, comma 1,) è più ampia di quanto parrebbe a prima vista suggerire il riferimento al solo contenuto del contratto medesimo”. Si osserva che vi sono comprese sicuramente anche “le norme che, in assoluto, oppure in presenza o in difetto di determinate condizioni oggettive o soggettive, direttamente o indirettamente, vietano la stipulazione stessa del contratto” e il lettore deve fare attenzione a questo passaggio.

Se la norma vieta di stipulare l'atto di autonomia, continua la Corte, siamo al “di fuori di comportamenti afferenti alla fase di conclusione o di esecuzione”, poiché in tal caso “non è il comportamento in concreto tenuto dalla parte a provocare la nullità del contratto stesso bensì il tenore della clausola in esso prevista”.

Ebbene se si leggono contro luce queste osservazioni si trae che la distinzione tradizionale fra norme di comportamento e di validità è utilizzata ma corretta (anche se in modo non chiarissimo). Dalla motivazione si può comunque trarre il seguente ragionamento.

La violazione di regole di comportamento nella fase di conclusione ed esecuzione del contratto genera, di massima, una responsabilità. Può accadere che la legge vieti, senza disporre l'invalidità, un risultato negoziale attraverso la rilevanza di alcune circostanze soggettive e in tal caso occorre distinguere.

La *clausola contraria al divieto* può essere dichiarata nulla ai sensi dell'art. 1418 1 comma c.c. in base ad una valutazione da operare, caso per caso, confrontando la *ratio* della norma con il risultato programmato<sup>504</sup> dalle parti. Il *comportamento formativo o esecutivo* di tale assetto va valutato, invece, in base al dovere di buona fede (1337 e 1375 c.c.) per accertare l'esistenza di una responsabilità e di un danno<sup>505</sup>.

Con questa chiave di lettura la motivazione è condivisibile perché fondata su di una premessa non espressa dalla sentenza ma logicamente necessaria.

Ogni assetto di interessi privato va esaminato come **atto**, in base ad una valutazione strutturale di validità e come insieme dei **contegni formativi ed esecutivi** in base ad una valutazione dinamica che può condurre ad una pronuncia di responsabilità. Ciò perché la disciplina dell'atto e dei contegni è diversa, come autonome e cumulabili sono le due valutazioni di validità e di responsabilità<sup>506</sup>.

Questa consapevolezza è del tutto innovativa, nelle pronunzie dei legittimità, come innovativo è il ruolo che si assegna alla responsabilità pre-contrattuale.

La sua coesistenza con la validità del contratto e dunque il suo cumulo con le regole di validità è una svolta radicale della

---

<sup>504</sup> Tutto ciò sollecita l'abbandono di molti schemi logici del passato e pone al centro della riflessione la *ratio* della norma e l'adeguatezza del rimedio che essa configura. Per decidere sulla nullità o meno si dovrà accertare se la legge non disponga una conseguenza diversa (art.1418 1° comma), se in divieto rappresenta la finalità essenziale per la protezione dell'interesse, se vi è congruenza fra invalidità dell'atto e protezione degli interessi tutelati. Ne segue che la distinzione fra atto e comportamento, validità e responsabilità, deve essere adattata alla complessità delle fonti e agli interessi protetti. V. per tali aspetti G. Passagnoli, *Nullità speciali*, Milano,1995,43; Filanti, *Inesistenza e nullità del negozio giuridico*, Napoli,1983;Id.*Nullità (diritto civile)*, in *Enc.giur.*,XXI, Roma,1990;Scalisi, *Invalidità e inefficacia: Motalità assiologiche della negoziazione*, in *Riv.dir.civ.*,2003,,2,210; G.Vettori, *Contratti di investimento e rimedi*, cit.787,788.

<sup>505</sup> G.Vettori, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p.46-56; Id. *Le asimmetrie informative tra regole di validità e regole di responsabilità*, in *Riv.dir.priv.*,2003.

<sup>506</sup> G.Vettori, *Anomali e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*,cit.46.



giurisprudenza che si affianca alla dottrina che da tempo aveva sollecitato tale orientamento<sup>507</sup>.

### **13.7.2. La coesistenza fra contratto valido e la responsabilità per la violazione della buona fede nelle trattative.**

La novità vera è dunque questa.

Le regole di validità non esauriscono ogni valutazione sui conegni della parti nella fase formativa del contratto. Anzi. A fianco delle norme rigide sui vizi del consenso, sulla incapacità e sulla rescissione coesiste e opera una regola duttile e primaria che impone di *non approfittare*, di *non usare pratiche sleali ingannevoli o aggressive*<sup>508</sup>. Sicché la partizione tradizionale (fra regole di comportamento e di validità) esce innovata e potenziata.

Tutto ciò non è affatto un ritorno alla tradizione.

In passato, e in alcune opinioni recenti, non si giustificava altro controllo sui conegni formativi quando il contratto era già stato concluso. Ciò perché si diceva che le norme di validità avrebbero in tal caso assorbito ogni altro giudizio<sup>509</sup>.

Gli argomenti utilizzati erano sostanzialmente due. Da un lato si era osservato che la responsabilità per scorrettezze pre-negoziali, in presenza di un contratto valido, avrebbe eroso la certezza e stabilità dei rapporti spostando il controllo della libertà contrattuale, dalle fattispecie di validità al dovere di buona fede di incerta individuazione<sup>510</sup>. Dall'altro si era sostenuto addirittura che la coesistenza di un illecito in presenza di contratto di trasferimento valido avrebbe comportato “ un eclissi nella coscienza dei valori che si connettono alla libera circolazione dei beni ”.<sup>511</sup>

---

<sup>507</sup> Sul punto Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, in Foro it., 2006, I, 1105.

<sup>508</sup> v. già Cass. 7.3.2007 n. 5273 e la massima riferita nella nota n. 21

<sup>509</sup> V. in particolare F. Santoro-Passarelli, Dottrine generali del diritto civile, Napoli, 1983, 171; Cariota-Ferrara, Il negozio giuridico nel diritto privato italiano, Napoli, 1961, p. 28; P. Barcellona, Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico, Milano, 1962, p. 209 ss.; V. Pietrobon, L'errore nella dottrina del negozio giuridico, Padova, 1963, p. 104 ss.

<sup>510</sup> G. D'Amico, “ Regole di validità ” e principio di correttezza nella formazione del contratto, Napoli, 1996, 245 ss.; Id., Buona fede “ in contrahendo ”, in Riv. dir. priv., 2003, 351 ss.:

<sup>511</sup> Così testualmente A. Gambaro, Il diritto di proprietà, in Tratt. Cicu-Messineo-Mengoni, Milano, 1995, p. 744-745.

Ma è proprio tale considerazione che è esclusa dalle Sezioni Unite.

Dalla sentenza emerge con chiarezza che è sempre possibile un rimedio risarcitorio ( ai sensi dell'art. 1337 c.c.) quando “ il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto”.

Con ciò si vuol ribadire due aspetti fondamentali.

La “risarcibilità del danno da scorrettezza”<sup>512</sup> in “ funzione correttiva dell'equilibrio economico risultante dal contratto” è “ compatibile con il principio di certezza e stabilità dei fatti giuridici”, perché validità e responsabilità “operano su piani diversi e non possono entrare in contraddizione”<sup>513</sup>. Le prime regole concernono la struttura e dunque gli “effetti del titolo rilevante per l'ordinamento e per i terzi”<sup>514</sup>; stabiliscono, insomma, la validità e l'efficacia immediata e prevalente di un acquisto compiuto nel rispetto della legge di circolazione<sup>515</sup>.

Le seconde, ai soli fini risarcitori, valutano un comportamento in mala fede dell'acquirente. Tale giudizio non incide sul controllo strutturale dell'atto di autonomia o sulla conformazione della proprietà e può essere considerato un “eclisse nella coscienza dei valori”<sup>516</sup> solo da chi non era in sintonia, già allora, con il sistema e il diritto vivente affermato, ora, dalle Sezioni Unite della Cassazione<sup>517</sup>.

Ma seguiamo ancora la motivazione della Corte che “vuol dare continuità” ad una precedente pronuncia del 2005.

---

<sup>512</sup> E. Scoditti, Regole di comportamento e regole di validità: i nuovi sviluppi della responsabilità precontrattuale, op. cit.

<sup>513</sup> E.Scoditti, op. cit.

<sup>514</sup> E.Scoditti, op..cit.; e G.Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit. p. 98 ss.

<sup>515</sup> G.Vettori, voce “Opponibilità” ,in Enc. Giur. ,1999,p.11.

<sup>516</sup> A.Gambaro, Il diritto di proprietà, cit., p. 745.

<sup>517</sup> Per quanto mi concerne avevo utilizzato la distinzione fra atto e comportamento nell'analisi degli strumenti di controllo della libertà contrattuale ( G.Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit. p. 83 ss;) e lo stesso schema avevo impiegato per analizzare la responsabilità del secondo acquirente in mala fede ( G.Vettori, Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza, Milano, 1986, 163; Id Voce Opponibilità, in Enc.giur.,1999,p.11). Tale metodo è stato oggetto di un perfido e sciatto commento che considerava “la distinzione fra il regime dell' atto e la valutazione del comportamento” una “trappola nominalistica”, meritevole di ogni riprovazione. (A.Gambaro, Il diritto di proprietà, cit. p. 745 nota ). La sentenza delle Sezioni Unite è la migliore risposta a quelle velenose critiche.

### 13.7.3. Le asimmetrie informative e la regola di buona fede.

Nel caso di asimmetria di tipo informativo i problemi sono essenzialmente due: quando scatta l'obbligo di informazione e quali conseguenze sono ipotizzabili per la violazione<sup>518</sup>.

La soluzione del primo quesito dipende da alcune variabili dell'affare, dalla natura dell'informazione ( se questa concerne ,ad esempio, un profitto di chi deve informare o una perdita di chi deve essere informato) e dalla qualità delle parti ( se uno o entrambi sono professionisti)<sup>519</sup>, ma dipende anche dal ruolo che si riconosce alla buona fede.

Le Corti inglesi continuano a distinguere la violazione di un diritto dalla violazione di un obbligo morale, in ossequio alle legittime aspettative del mondo degli affari<sup>520</sup>. I giudici continentali sono invece sensibili al dovere di correttezza<sup>521</sup> e la sentenza in esame attribuisce ad essa un compito primario .

Quanto alle conseguenze della violazione la Cassazione ha un'idea precisa ,come si è chiarito. Il contegno scorretto “assume rilievo non soltanto nel caso di rottura delle trattative, ovvero qualora sia stipulato un contratto invalido o inefficace, ma anche se il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte rimasta vittima del comportamento scorretto; ed in siffatta ipotesi il risarcimento del danno deve essere commisurato al minor vantaggio, ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede”.

---

<sup>518</sup> G.Vettori, Le asimmetrie informative fra regole di validità e regole di comportamento, cit.

<sup>519</sup> V.Roppo, L'informazione precontrattuale: spunti di diritto italiano e prospettive di diritto europeo, in Riv.dir.priv.,2004,4,p.p.753-757. Il diritto comunitario si propone di eliminare ogni barriera conoscitiva fra professionista e consumatore e affida spesso al contratto il compito di trasmettere le informazioni indispensabili al corretto funzionamento del mercato e all'equilibrio dei rapporti.

<sup>520</sup> R.Goode, Il diritto commerciale del terzo millennio, Milano,2003,p.23ss,51 ss.

<sup>521</sup> v. da ultimo Cass.7.3. 2007 n.5273 che da rilievo ( parlando di *exceptio doli generalis seu praesentis*) al dolo “come rimedio di carattere generale utilizzabile anche al di fuori delle ipotesi espressamente codificate, e diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti ..paralizzando l'efficacia dell'atto che ne costituisce la fonte o giustificando il rigetto della domanda giudiziale fondata sul medesimo, ogniqualvolta l'attore abbia sottaciuto situazioni sopravvenute al contratto...ovvero abbia avanzato richieste di pagamento *prima facie* abusive o fraudolente, o ancora abbia contravvenuto al divieto di *venire contra factum proprium*”

Nel leggere la motivazione si ha l'impressione di un felice sintesi fra passato e futuro in un ottica rimediabile<sup>522</sup>.

Per capire che cosa intendo, con questa espressione, è necessario ricordare <sup>523</sup> che un tale approccio non incide sull' *an* della protezione ma solo sulle modalità di applicazione della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto o all'obbligo sostanziale ma intende fornire un piano di tutela adeguata, in presenza di violazioni di interessi e diritti, specie in presenza di forme complesse e fondamentali e di nuovi beni da tutelare.

Proprio seguendo questo metodo la Cassazione in tema di responsabilità precontrattuale disciplinata dall'art.1337 c.c. ha recepito risultati indicati da una parte della dottrina<sup>524</sup> foggiano *un nuovo ed efficiente rimedio contro la slealtà, l'abuso e la mala fede* nella fase precedente la stipulazione del contratto.

Nella sentenza si stabilisce che il risarcimento è “ il mezzo per correggere il risultato lesivo dovuto al contegno scorretto”<sup>525</sup>. Da qui la conseguenza che il giudice deve ripristinare non solo l'interesse negativo, ma l'interesse positivo della parte vittima del comportamento in mala fede a non “ essere coinvolto nelle trattative di un contratto valido ma sconveniente”. Sicchè il danno deve essere commisurato al “minor vantaggio o al maggior aggravio economico determinato dal contegno sleale di una parte”<sup>526</sup>.

La ratio è chiara.

Si tende a conservare l'operazione economica e la validità dell'accordo e a riequilibrare il contratto attraverso il risarcimento che può avere, si è detto, una precisione chirurgica.

A ben vedere tale indirizzo è espressione della tendenza radicata alla espansione del rimedio per equivalente che esalta il valore

---

<sup>522</sup> v. U.Mattei, I Rimedi, in I diritto soggettivo, nel Trattato di diritto civile, dir. da R. Sacco, Torino, 2001, p.105ss.; A. Di Majo, Il linguaggio dei rimedi, in Europa dir. priv., 2005, 2, p.341 ss.; Id, Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi, ivi, 2007, p 2 ss.; D. Messinetti, Sapere complesso e tecniche rimediali, ivi, 2005, p.605 ss.; P.G. Monasteri, Ripensare il diritto civile, Torino, 2006, p.

<sup>523</sup> U.Mattei, op. cit., p.108.

<sup>524</sup> mi permetto di richiamare ancora G. Vettori, Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese, cit. p. 83 ss ma in particolare v. Benatti, Culpa in contraendo, in Contratto e impr., 1987, 298, e Mantovani, “Vizi incompleti” del contratto e rimedio risarcitorio, Torino, 1995 a cui si deve la più compiuta ricostruzione concettuale sul punto Cass. 29 settembre 2005, n. 19024 e il commento di M. Franzoni, La responsabilità pre-contrattuale: una nuova stagione, in La responsabilità civile, 2006, 4, p.295 ss.

<sup>525</sup> M.Franzoni, op.cit., p.299

<sup>526</sup> Cass. 29 settembre 2005, n. 19024, cit.; V. anche C.Turco, L'interesse negativo nella culpa in contraendo ( verità e distorsioni della teoria di Jhering nel sistema tedesco e italiano), in Riv.dir.civ., 2007, 194.

economico dell'affare sino a prevalere sul controllo giuridico dell'atto. Ma passaggi ulteriori possono essere tracciati.

Superato il dogma dell'egemonia della fattispecie e attribuita autonoma rilevanza ai contegni formativi ed esecutivi del regolamento è in questa area che si devono valutare squilibri e scorrettezze. Resta da precisare la natura di questa responsabilità.

#### **13.7.4. L'obbligo di informazione fra fattispecie e comportamento.**

Le sentenze del 2005 (n.19024) e del 2007 (n.26724) della Corte di Cassazione hanno esteso l'obbligo di informazione e di buona fede oltre la fase pre-contrattuale e al di là della conclusione di un contratto invalido, come indica invece l'art. 1338 del codice civile.

La conclusione di un contratto valido ma sconveniente per la presenza di un contegno in mala fede dell'altra parte implica responsabilità e risarcimento dei danni.

Con ciò i giudici di legittimità hanno preso chiara percezione dell'autonomo rilievo del comportamento anche in presenza della fattispecie legale o negoziale, come la dottrina aveva indicato da tempo.

La fattispecie dunque non azzerava il comportamento. La dichiarazione negoziale che contrasta con elementi noti o conoscibili all'altra parte non esonera da responsabilità.

E' evidente l'importanza di un tale indirizzo.

Il comportamento indirizza l'analisi e la valutazione su una circostanza concreta e non astratta. Non implica il richiamo di una qualità astratta come quella di consumatore, investitore cliente o professionista, ma impone di esaminare il singolo rapporto e la posizione concreta del contraente.

D'altra parte l'obbligo di informazione reso effettivo dalla regola di buona fede arricchisce i rimedi e incontra la fattispecie e la sua regolazione. Ciò perché il dovere di raccogliere un consenso informato rende autonomo e visibile un diritto costituzionalmente garantito all'autodeterminazione consapevole in ogni ambito patrimoniale e non patrimoniale di ogni relazione fra privati <sup>527</sup>.

Le conseguenze di tale sviluppo teorico sono chiaramente tracciate e resistono alle critiche recenti di una parte dei Giudici e della

---

<sup>527</sup> Cass. 29 settembre 2005, n.19024; Cass.sez.un. 19 dicembre 2007 n.26724 entrambe in *Foro it.*2006, I,1105 ed *ivi* 2008, I,784.

dottrina che sollecitano l'intervento delle Sezioni unite sul punto e, più in generale, sulla concretizzazione della clausola generale di buona fede<sup>528</sup>.

Gli argomenti utilizzati dai critici come si vedrà sono i seguenti: a) la concretizzazione della clausola di buona fede deve rimanere coerente con il sistema normativo, sicché non può essere rilevante sul piano del rapporto che precede la conclusione dell'affare una circostanza che sia irrilevante sul piano del contenuto negoziale e dell'adempimento; b) il criterio della responsabilità deve essere commisurato sempre alla fattispecie negoziale perché "la struttura di essa rappresenta pur sempre il limite" delle possibilità funzionali del rapporto<sup>529</sup>.

Tale impostazione rigidamente formalista ha due difetti. Esaurisce la valutazione giuridica alla sola conformità ad una struttura, contro le acquisizioni della dottrina maturate dagli anni settanta in poi<sup>530</sup> e vanifica il valore autonomo della clausola generale che dovrebbe essere concretizzata entro i confini già dettate dalle norme esistenti. Il che è smentito sin dagli anni sessanta dalla prevalente giurisprudenza di legittimità<sup>531</sup>.

La replica migliore può essere affidata ad una recente pronuncia che intende dare continuità al ruolo e alla funzione della responsabilità precontrattuale in ordine ai doveri di informazione<sup>532</sup>. In essa si precisa che l'obbligo risarcitorio per violazione della buona fede a prescindere dalla conclusione e validità stessa del contratto fa parte oramai del diritto vivente in coerenza anche con "i principi attestati in ambito europeo" (art. 2.301 comma 2 dei *Principles of European Contract Law*)

---

<sup>528</sup> Così E.Scoditti, *Responsabilità precontrattuale e conclusione di contratto valido: l'area degli obblighi di informazione*, nota a Cass.8 ottobre 2008, n.24795 in *Foro it.*2009,I, 440, ma v. già G.D'amico, *Regole di validità e principio di correttezza nella formazione del contratto*, Napoli, 1996, 245 Id., *Buona fede "in contraendo"*, in *Riv.dir.priv.*,2003, 351 ss.

<sup>529</sup> Così E.Scoditti, op. loc.cit.

<sup>530</sup> v. da ultimo G. Benedetti, *La rescissione*,

<sup>531</sup> v. solo per i riferimenti giurisprudenziali citati G. Vettori, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. cont.*, 2008, 104; Id. *Centralità del giudice e filtro in Cassazione*, ivi,2010, 486 ss; Id: *L'abuso del diritto*, ivi, 166.

<sup>532</sup> Cass. 11 giugno 2010, n. 14056 (estensore Rordorf), in *Foro it.*, 2010

### 13.8. Tipologia della condotta

*Il recesso ingiustificato dalle trattative.*

Esiste un orientamento consolidato in giurisprudenza che individua due aspetti per la valutazione di illegittimità del recesso.

a) la parte deve aver potuto contare su di un affidamento legittimo sulla conclusione del contratto. Sicché vi debbono essere stati elementi non equivoci di carattere obbiettivo tali da qualificare la legittimità dell'affidamento in base alla qualità e quantità dei rapporti intercorsi. Avrà rilievo dunque la frequenza dei contatti, l'aver preso in esame tutti gli elementi essenziali del contratto, l'aver redatto una minuta, l'aver consegnato la cosa o versato parte del prezzo e così via.

b) il recesso non deve essere conforme a buona fede e ciò si verificherà, ad esempio, “quando non è verificabile alla luce di circostanze oggettive” e si basi solo su di una diversa valutazione di convenienza che poteva essere operata prima di proseguire i contatti. Legittimo sarà invece il recesso giustificato da sopravvenienze esterne che non rendono più conveniente l'affare.

Dalle opere più significative sul contratto si trae la seguente casistica.

a) Doveri di informazione.

“La parte che conosce (o dovrebbe conoscere) dati rilevanti per la valutazione del contratto da parte dell'altro contraente e sa (o dovrebbe sapere) che questa invece li ignorava ha il dovere di informare la controparte”<sup>533</sup>. Occorre però delimitare tale doverosità perché non ogni reticenza è illecita.

Tra il dovere di informare sui soli fatti che siano capaci di incidere sulla validità o sull'efficacia (1338) e il dovere di fornire sempre e comunque ogni informazione occorre attribuire un ruolo alla buona fede nel selezionare ciò che deve essere oggetto di un'informazione. Il giudizio non è sempre facile ma esistono doveri speciali in determinati settori di attività (operatori finanziari, coloro che intendono e debbono proporre un OPA, i contratti dei consumatori).

b) Dovere di verità, che si specifica in un dovere di chiarezza, di segretezza, di custodia.

---

<sup>533</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 180 ss.

c) Conclusione di un contratto non conveniente perché frutto di inganno (1440) o di un errore anche non essenziale ma determinato da un'omessa o falsa informazione.

d) L'ambiguità.

### 13.9. Natura della responsabilità precontrattuale

È un problema controverso da sempre. In Francia, ove “si può estendere il campo della responsabilità extracontrattuale ai sensi dell'art.1382 e si restringe la colpa contrattuale all'inadempimento del contratto” si propende per la natura extracontrattuale.

In Germania, invece, “si restringe l'illecito alla lesione di un diritto assoluto e si estende la figura della colpa contrattuale all'inadempimento di qualsiasi obbligazione” sicché si fa discendere la responsabilità pre-contrattuale da un obbligo provvisorio assunto con il fatto di prendere parte ad una trattativa”.

La Corte di Giustizia<sup>534</sup> si è pronunciata per la natura extracontrattuale.

La Cassazione italiana propende per la natura extracontrattuale e le Sezioni Unite<sup>535</sup> hanno manifestato un preciso orientamento. Se la parte non ha qualificato l'azione di responsabilità, deve ritenersi proposta l'azione di responsabilità extracontrattuale tutte le volte che non sia emersa una precisa scelta del danneggiato in favore di quella contrattuale”. Sicché per aversi responsabilità contrattuale occorre che la domanda “sia fondata sull'inosservanza di una precisa obbligazione contrattuale”.

Si deve ricordare peraltro che le recenti sentenze in tema di distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale inducono a ripensare questo orientamento. Significativo è quanto affermato da una sentenza delle Sezioni unite della Cassazione<sup>536</sup>: “È opinione oramai quasi unanimemente condivisa dagli studiosi quella secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta (1218 c.c.) può dirsi contrattuale non soltanto nel caso in cui l'obbligo di prestazione derivi propriamente da un contratto ... ma anche in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente quale ne sia la fonte” ... In base a tale ricostruzione la

<sup>534</sup> CGCE, 17 settembre 2002, in *Giur. It.*, 2003, p. 1321.

<sup>535</sup> Cass., S.U., 12 marzo 2001, n. 99, in *Danno e resp.*, 2001, p. 580, nota BONA.

<sup>536</sup> Cass., 26 giugno 2007, n. 14712, in *Corriere giur.*, 2007, p. 1706, nota A. DI MAJO.



giurisprudenza ha ritenuto che sussista responsabilità contrattuale anche “in presenza di violazione di obblighi nascenti da situazioni (non già di contratto bensì) di semplice **contatto sociale**, ogni qual volta l’ordinamento imponga ad un soggetto di tenere, in tali situazioni, un determinato comportamento” (si pensi ad esempio al medico dipendente della struttura ospedaliera: Cass., sez. un., 15 gennaio 2006, n. 577, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, n. 849; Cass., 19 aprile 2006, n. 9085, in *Resp. e risarcimento*, 2006, fasc. 6, 64; Cass., 24 maggio 2006, n. 12362, in *Foro it. Online*; Cass., 28 maggio 2004, n. 10297, in *Foro it.*, 2005, I, 2479; Cass., 22 gennaio 1999, n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, 3332; o, ancora, al sorvegliante dell’incapace: Cass., 18 luglio 2003, n. 11245, in *Nuova giur. civ.*, 2004, I, 49). “Ne deriva che la distinzione fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest’ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l’inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto.”

Secondo tale ricostruzione, che è sicuramente condivisibile, fra le parti di una trattativa è possibile riconoscere l’esistenza di un rapporto qualificato da un obbligo di comportamento secondo buona fede (1337 c.c.). Sicché è preferibile affermare la natura contrattuale di tale responsabilità.

In questi termini si sono pronunciate anche due recenti sentenze del 2011<sup>537</sup>.

Entrambe muovono dal presupposto che la domanda di risarcimento del danno si fonda sulla lesione dell’affidamento riposto nella buona fede e correttezza di controparte prima della conclusione del contratto.

Diversa è l’argomentazione da cui è dedotta l’applicabilità delle regole contrattuali.

La prima sentenza in ordine cronologico fa riferimento al *contatto* tra le future parti del contratto, sancendo la maggiore vicinanza della situazione di fatto a quella disciplinata dalle regole contrattuali: “la responsabilità a base della domanda di risarcimento non è qualificabile come contrattuale, cui si avvicina perché consegue al “contatto” tra le future parti per la stipula del contratto e alle scorrettezze del committente, con rilievo ai fini della disciplina della prova applicabile

---

<sup>537</sup> Cass., 21 novembre 2011, n. 24438 e Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

che è quella dell'art. 1218 c.c., ma non può, per la stessa ragione, neppure parificarsi a quella meramente extracontrattuale<sup>538</sup>.

La seconda pronuncia, intervenuta a distanza di circa un mese da quella appena segnalata per mano dello stesso estensore, prosegue nel ragionamento. Il rapporto che si instaura tra le parti durante le trattative “è ben distinto dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l’instaurazione di un qualsiasi rapporto tra le parti”<sup>539</sup>.

Più corretto è parlare di contatto sociale qualificato, con individuazione della fonte nell’art. 1173 c.c. e conseguente applicabilità delle regole contrattuali: “la responsabilità precontrattuale, nella quale v’è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell’art. 1173 c.c., sicché deve ritenersi che l’attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l’onere di provare solo l’antigiuridicità del comportamento (la violazione dell’obbligo di buona fede) e il danno”<sup>540</sup>.

Perplessità, tuttavia, sorgono leggendo il proseguo della motivazione che rimane sibillina sotto il profilo dell’onere probatorio.

Coerentemente con la natura contrattuale, l’attore non sarà tenuto a provare l’elemento soggettivo, non essendo rilevanti, come elementi costitutivi dell’illecito il dolo o la colpa.

A rigor di logica, l’attore dovrebbe provare esclusivamente il contatto ed il danno subito, allegando la violazione della clausola generale di buona fede. Tuttavia, al momento dell’enunciazione del principio di diritto, residua un’incertezza proprio su quest’ultimo aspetto: “la parte che agisce per il risarcimento del danno subito ha l’onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l’avvenuta lesione della sua buona fede”<sup>541</sup>.

E’ opportuno comunque precisare che si tratta di arresti isolati. Successivamente, la giurisprudenza è tornata a ribadire la sua posizione tradizionale sulla natura aquiliana della responsabilità precontrattuale<sup>542</sup>.

---

<sup>538</sup> Cass., 21 novembre 2011, n. 24438

<sup>539</sup> Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

<sup>540</sup> Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

<sup>541</sup> Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

<sup>542</sup> Cass., 10 gennaio 2013, n. 477.

## ***Giurisprudenza***

Cass., 20 dicembre 2011, n. 27648

La domanda di accertamento della responsabilità precontrattuale è validamente proposta sulla base della rappresentazione di elementi di fatto idonei a dimostrare la lesione della buona fede tenuta dalla parte nel corso della vicenda, e con ciò dell'obbligo sancito dall'art. 1337 c.c.. La citata disposizione, infatti, delinea completamente la fattispecie sostanziale tutelata, costituita dal rapporto particolare che con la trattativa s'istituisce tra le parti, alle quali è normativamente imposto un obbligo di comportamento in buona fede; una fattispecie, pertanto, ben distinta dalla responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c., in cui la lesione precede l'instaurazione di un qualsiasi rapporto particolare tra le parti. La violazione di quest'obbligo particolare, dunque, costituisce un caso di responsabilità compreso tra quelli indicati dall'art. 1173 c.c.. Sulla base di queste premesse, l'interpretazione della domanda, compiuta dal giudice di merito, appare giuridicamente corretta e immune da censure.

Quanto alla mancata allegazione del profilo della colpa, va ricordato che questa corte è da tempo pervenuta a qualificare la responsabilità da contatto sociale in termini di responsabilità contrattuale, nella quale, conseguentemente, il danneggiato deve dimostrare - oltre al danno sofferto - solo la condotta antigiuridica, e non anche la colpa (tra le molte, in particolare, Cass. 22 gennaio 1999 n. 589, e Sez. un. 26 giugno 2007 n. 14712).

Come si è già osservato, la responsabilità precontrattuale, nella quale v'è certamente un contatto sociale qualificato dallo stesso legislatore, con la previsione specifica di un obbligo di buona fede, presenta tutti gli elementi dell'art. 1173 c.c., sicchè deve ritenersi che l'attore, il quale intenda far valere tale responsabilità, abbia l'onere di provare solo l'antigiuridicità del comportamento (la violazione dell'obbligo di buona fede) e il danno.

Il motivo, pertanto, deve essere rigettato in base al principio che, in tema di responsabilità precontrattuale, la parte che agisca in giudizio per il risarcimento del danno subito ha l'onere di allegare, e occorrendo provare, oltre al danno, l'avvenuta lesione della sua buona fede, ma non anche l'elemento soggettivo dell'autore dell'illecito, versandosi - come nel caso di responsabilità da contatto sociale, di cui costituisce una figura normativamente qualificata - in una delle ipotesi previste nell'art. 1173 c.c..

### 13.10. La buona fede nella esecuzione del contratto

L'art. 1375 prevede che il contratto deve essere eseguito in buona fede.

Nella fase esecutiva del rapporto, la tendenza giurisprudenziale non è meno netta. Scorrettezze, eccezioni di dolo, abuso del diritto hanno un riconoscimento esplicito entro l'area della clausola di buona fede *in esecutivis* con funzione correttiva. La massima della Cassazione è ancora chiarissima ed è volta ad attribuire al rimedio efficacia generale.

È utile richiamare il contenuto di una recente pronuncia<sup>543</sup>.

La violazione del dovere di comportamento imposto dal principio di buona fede (art. 1375) è già di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno cagionato a causa della violazione medesima. 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; la buona fede, quindi, si pone come governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto nel senso che essa opera sul piano della selezione delle scelte discrezionali dei contraenti, assicurando che l'esecuzione del contratto avvenga in armonia con quanto emerge dalla ricostruzione dell'operazione economica che le parti avevano inteso porre in essere, filtrata attraverso uno standard di ragionevolezza.

Si distingue una figura di dolo commessa al tempo della conclusione del contratto (*seu praeteriti*) volta ad ottenere l'annullamento o il risarcimento del "danno prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede"<sup>544</sup> da una figura diversa e generale. *L'exceptio doli generalis (seu praesentis)* che è indicato appunto come "rimedio generale, diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento", con un preciso fondamento. Contenere "azioni giudiziarie pretestuose o palesemente malevole, intraprese, cioè, all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui". La casistica richiama il contegno di

---

<sup>543</sup> Cass., 11 febbraio 2005, n. 2855, in *Giur. it.*, 2005, p. 1810, nota SORRENTINO.

<sup>544</sup> Cass., 7 dicembre 2007, n.5273, in *Guida al diritto*, 2007, 20, p. 64.

chi tace “nella prospettazione della fattispecie controversa situazioni sopravvenute alla fonte negoziale modificative o estintive del diritto fatto valere (Cass., 1 ottobre 1999, n. 10864, in *Contratti*, 2000, 139), richieste di pagamento risultanti prima facie abusive o fraudolente in caso di contratto autonomo di garanzia (Cass., 21 aprile 1999, n. 3964, in *Riv. Not.*, 1999, 1271), divieti di *venire contra factum proprium* (Cass., 8 novembre 1984, n. 5639, in *Foro it.*, 1985, I, 2050)<sup>545</sup>. L’ambito della clausola è dunque esteso con un unico limite ancora non varcato.

Si hanno ancora dubbi, forse giustificati, nell’ammettere l’eccezione in caso di diritto a lungo esercitato ma non prescritto e nell’ipotesi di eccezione di nullità di un atto che ha prodotto effetti di cui la parte si è giovata senza aver eccepito alcunché per un lungo periodo di tempo.

Si può solo concludere che le clausole generali sono uno strumento utile e rigoroso la cui centralità è espressamente richiamata nella relazione annuale del Primo Presidente della Corte di Cassazione dell’anno 2007, ove si osserva che la buona fede non può non avere un’attenzione privilegiata in vari settori e con varie modalità:

- come valutazione dei contegni in tutta la fase antecedente e successiva all’atto di autonomia (Cass., sez. un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, I, 78);

- come mezzo di tutela rafforzata del cittadino nei confronti del gestore di servizi pubblici (Cass., 8 novembre 2007, n. 23304, in *Foro it. Online*).

- Come principio che può addirittura incidere sul reparto dell’onere probatorio. Nei contratti bancari (Cass., 10 maggio 2007, n. 10692 e Cass., 2 febbraio 2007, n. 2317, entrambe in *Foro it. Online*) in tema di validità della pattuizione di interessi ultralegali viene ribadita “una definizione rigorosa dell’onere della prova a carico della banca, fondata oltre che sulla necessità del rispetto del principio della buona fede, sul principio di prossimità della prova, che informa tutte le tipologie di contratti caratterizzate da una forte asimmetria informativa e documentale tra le parti”.

- Come regola di condotta non solo di diritto sostanziale ma anche “di diritto processuale capace di precludere condotte abusive del creditore nella fase di tutela giudiziale contrastanti anche con il

---

<sup>545</sup> Vedi l’elenco dei precedenti in Cass., 7 marzo 2007, n. 5273, in *Guida al diritto*, 2007, 20, p. 64.

principio del giusto processo”(Cass., 15 novembre 2007, n. 23726, in *Foro it.*, 2008, I, 1514, nota di A. Calmieri, R. Pardolesi)<sup>546</sup>.

---

<sup>546</sup> v. V. CARBONE, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007*, Roma, 25 gennaio 2008, p. 445-46.

## 14. L'abuso del diritto.

### 14.1. Clausole generali e giudizio di legittimità.

Dalle ultime relazioni sullo stato della giustizia civile emerge una grande attenzione dei Giudici di legittimità per le clausole generali. La buona fede è valorizzata in ogni fase dell'atto di autonomia dalla conclusione<sup>547</sup>(con una svolta dogmatica) e esecuzione (*sull'exceptio doli generalis*)<sup>548</sup> al suo esercizio in concreto (abuso)<sup>549</sup> mentre la persona<sup>550</sup> diviene criterio generale di valutazione sistematica.<sup>551</sup>

---

<sup>547</sup> Cass. sez.un. 19 dicembre 2007 n. 26725 ( e 2674) vedila in Obb.cont. 2008,2, con commento di G.Vettori, Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio, p. 1 ss. Come al solito la prassi agevola e consente la evoluzione di aspetti essenziali del diritto dei privati. Ciò che è accaduto è noto e non va sminuito con timide o reticenti letture. Di fronte a norme che impongono obblighi senza precisare le conseguenze della violazione si trattava di indicare il rimedio consentito dal sistema. La Suprema Corte utilizza una semplificazione utilissima. La violazione determina nullità se l'obbligo incide sulla struttura e gli elementi essenziali dell'atto genera responsabilità se incide su un comportamento delle parti. Ma la vera novità è un'altra. Si precisa che le regole di validità non esauriscono ogni altra valutazione sui contegni posti in essere nella fase formativa e che la responsabilità precontrattuale o contrattuale può essere affermata anche in presenza di un contratto già concluso e valido..

<sup>548</sup> Cass. 7 marzo 2007, n. 5273 in Foro it. On-line

Nella fase esecutiva del rapporto la tendenza giurisprudenziale non è meno netta. Scorrettezze, eccezioni di dolo, abuso del diritto hanno un riconoscimento esplicito entro l'area della clausola di buona fede *in executivis* con funzione correttiva. La massima della Cassazione è ancora chiarissima ed è volta a attribuire al rimedio efficacia generale. Si distingue una figura di dolo commessa al tempo della conclusione del contratto (*seu praeteriti*) volta ad ottenere l'annullamento o il risarcimento del "danno prodotto dal comportamento tenuto in violazione dell'obbligo di buona fede" da una figura diversa e generale. *L'exceptio doli generalis ( seu praesentis)* che è indicato appunto come "rimedio generale, diretto a precludere l'esercizio fraudolento o sleale dei diritti di volta in volta attribuiti dall'ordinamento", con un preciso fondamento. Contenere "azioni giudiziarie pretestuose o palesemente malevole, intraprese, cioè, all'esclusivo fine di arrecare pregiudizio ad altri o contro ogni legittima ed incolpevole aspettativa altrui". La casistica richiama il contegno di chi tace "nella prospettazione della fattispecie controversa situazioni sopravvenute alla fonte negoziale modificative o estintive del diritto fatto valere ( Cass. n.10864 del 1999) richieste di pagamento risultanti prima facie abusive o fraudolente in caso di contratto autonomo di garanzia (Cass. n.3964 del 1999), divieti di venire contra factum proprium ( Cass. 5639 del 1984).

<sup>549</sup> D'altra parte si delinea la figura dell'abuso di diritto in una pluralità di casi assai significativi. Dal congedo parentale usato in modo illegittimo (16207-08), al frazionamento del credito ( 15476-08) o di un atto negoziale per perseguire un risparmio fiscale ( 25374-08) sino ad individuare un principio antielusivo delle imposte nelle norme costituzionali in tema di capacità contributiva e di progressività della tassazione (

Tutto ciò prelude ad un vero e proprio manifesto sull'apporto della giurisprudenza di legittimità nella fase attuale del nostro ordinamento. Il quale, si osserva, si caratterizza per una pluralità di fonti, espressa chiaramente nell'art. 117 della costituzione, che è causa di due fenomeni tra loro connessi: "la de-codificazione e la de-patrimonializzazione" ossia il venir meno di un unico testo che attribuisca giuridicità agli interessi e l'affermarsi del rilievo centrale della persona nella sua rilevanza anche non patrimoniale<sup>552</sup>. Da tutto ciò emerge secondo la Corte il fondamento attuale del nostro ordinamento.. "come assetto in cui il primato della legge passa necessariamente attraverso l'attività ermeneutica del giudice"<sup>553</sup>.

## 14.2. Il segno dei tempi

Dico subito che condivido questo orientamento e che considero l'attività della Corte, e del suo Presidente, un apporto alto alla scienza giuridica italiana ed europea. Ciò è accaduto grazie ad una precisa opzione culturale e ad una percezione del proprio tempo entrambe segno di grande lucidità intellettuale.

Gran parte della teoria giuridica del 900 ha dedicato, a lungo, attenzione al diritto come struttura, come un insieme di regole che

---

S.U. 30057-08 e in particolare Cass.18 settembre2009,n.20106)V. Carbone, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2007, Roma, 2008,p.45-46.

<sup>550</sup> V. V.Carbone, Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008, [www.Cortedicassazione.it](http://www.Cortedicassazione.it); Id. Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009,ivi; Senese, La risposta dei giudici italiani al conflitto tra gli ordinamenti, Editoriale scientifica, 2008. V. altresì S.U. 27310-08, e 7472-08

<sup>551</sup> Cass.27145-2008 e già 21748-2007 e da ultimo 11.5.2009 n. 10741 .

<sup>552</sup> così Cass. 11 maggio 2009 n. 10741 In tale assetto " la Corte di cassazione assume sempre più rilievo nel sistema delle fonti per la maggiore consapevolezza dei giudici di operare in un sistema che ...si configura come semi-aperto perché fondato non solo su disposizioni di legge riguardanti settoriali e dettagliate discipline ma anche su clausole generali e cioè su indicazione di "valori" ordinamentali, espressi con formule generiche ( buona fede, solidarietà,funzione sociale della proprietà, utile sociale dell'impresa, centralità della persona) che il legislatore trasmette all'interprete per consentirgli, nell'ambito dei una più ampia discrezionalità, di "attualizzare" il diritto anche mediante l'individuazione ( là dove consentito, come nel caso dei diritti personali, non tassativi) di nuove aree di protezione di interessi". In tal modo si evita sia il rischio di inadeguatezza di una sistema chiuso sia il rischio di un sistema aperto " che rimette la creazione delle norme al giudice sulla base anche di parametri socio-giuridici ( ordine etico, coscienza sociale ) la cui valutazione può diventare arbitraria ed incontrollata"

<sup>553</sup> Cass. 11 maggio 2009, n. 10741, cit.



fissano in modo rigido i poteri e il loro corretto esercizio.<sup>554</sup> secondo il metodo del positivismo logico e in sintonia con l'idea che il nuovo Stato e le sue fondamenta meritavano rispetto come “ unica fonte del diritto” senza contaminazioni funzionali o esterne.<sup>555</sup>

Agli inizi degli anni 70 tutto ciò è mutato radicalmente sulla base della consapevolezza, sempre più avvertita, che una descrizione esclusivamente strutturale delle parti di un oggetto finisce per occultare la dimensione funzionale che lo distingue con chiarezza dagli altri.<sup>556</sup>

Ciò che è accaduto dopo è cronaca, ma, a ben vedere, la distinzione fra teorie strutturali e teorie funzionali e la necessità di un uso equilibrato dei due metodi conserva intatto il suo valore<sup>557</sup> e in tale percezione sta la lungimiranza della Corte<sup>558</sup> che non sceglie di ripristinare filtri di socialità ma richiama il confronto fra libertà e limite attraverso una consapevolezza nuova.

Centrale diviene l'attenzione ai *comportamenti e al risultato conseguito*, prima sacrificati dalla preminenza di regole strutturali.

La causa concreta diviene strumento comune nell'emersione dei presupposti negoziali e criterio di selezione degli interessi non patrimoniali<sup>559</sup>. La frode e l'elusione sono repressi con attenzione al risultato conseguito<sup>560</sup>. La distinzione fra regole di responsabilità e di validità rivendica l'autonomia dei contegni in buona o mala fede, anche in presenza di un contratto già concluso e valido<sup>561</sup>, la teoria

---

<sup>554</sup> N.Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007. Si tratta della riedizione dell'opera classica di Bobbio con prefazione di M.G. Losano.

<sup>555</sup> M.G. Losano, prefazione a N.Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit.p.VI

<sup>556</sup> M.Ricciardi, op. cit.

<sup>557</sup> sul rilievo primario della funzione v. ora A.Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche*, in Riv. dir. comm., 2009, p.412 ss.

<sup>558</sup> v. da ultimo le illuminanti osservazioni di G.Benedetti, *La rescissione nell'orizzonte della fonte e del rapporto giuridico*, in Riv. trim.dir.proc.civ., 2007, p.15 ss.; e ancora M.G.Losano, Prefazione a Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit.p. VI .Alla fine del secolo con l'avvento della società postindustriale le teorie neoliberiste che “chiedevano meno funzione promozionale dello Stato e più funzione selettiva del mercato” hanno mostrato ben presto i loro limiti. Le vicende recenti ci ricordano che il problema non era e non è di ridurre il ruolo dello Stato ma di ridefinire le sue finalità, le sue direzioni di spesa e di assegnazione di risorse. Il problema non era e non è se lo Stato debba intervenire, ma come debba intervenire. La politica doveva e deve scegliere quali libertà finanziare e quali no perché i diritti dei singoli hanno un costo a carico di tutti e la “redistribuzione operata dalla legge deve avvalersi delle norme di incentivo di protezione e di indirizzo”

<sup>559</sup> Cass. 8 maggio 2006, n. 10490.

<sup>560</sup> Cass. 4 aprile 2003, n. 5324.

<sup>561</sup> Cass. sez.un.19 dicembre 2007, n.26275, cit.

dell'illecito e del danno abbandona limiti di struttura per aprirsi alle percezioni di valori e interessi nuovi<sup>562</sup>. Ed è in questa ottica che si valorizza la figura dell'abuso. Vediamo come.

### 14.3. Le sentenze di legittimità..

L'ultima sentenza sul tema<sup>563</sup> contiene alcune conferme e alcune ombre che emergono anche ad una prima lettura.

Le conferme ribadiscono il ruolo della buona fede “come strumento per controllare lo statuto negoziale” con riferimento al potere di autonomia e al suo legittimo esercizio. La percezione di questo principio pur in assenza di una norma esplicita sull'abuso si trae da una nutrita serie di casi concreti e da una serie di pronunzie tutte univoche e conformi verso un unico risultato<sup>564</sup>.

Il criterio dell'abuso di diritto si integra con quello della buona fede oggettiva per valutare la condotta delle parti perché “ il superamento dei limiti interni o di alcuni limiti esterni del diritto ne determina il suo abusivo esercizio”.

Da qui la critica, giustificata, al formalismo del giudice di merito e la precisazione di conseguenze ulteriori nella individuazione dei poteri del giudice “nel valutare le scelte imprenditoriali delle parti”.

Centrale è insomma il ruolo della buona fede e dell'interpretazione.

Si ricorda che la prima ha carattere di autonomo dovere che fa nascere diritti e si afferma che l'altra esige una ricostruzione del contenuto negoziale, tenendo conto degli specifici obblighi contenuti nel contratto e dei doveri e diritti sorti per l'esistenza, appunto, della buona fede<sup>565</sup>.

Alla Corte di Appello che esalta il principio della libertà economica la sentenza contrappone i criteri generali della buona fede, della lealtà e

---

<sup>562</sup> Cass. sez.un.11 novembre 2008,n.26972.

<sup>563</sup> Cass. 18 settembre 2009, n. 20106

<sup>564</sup> Cass. 8 aprile 2009 n. 8481; Cass. 20 marzo 2009 n. 6800; Cass. 5 marzo 2009, n.5348; Cass. 4 maggio 2009, n. 10182; Cass. 6 agosto 2008, n. 21250; Cass. 17 ottobre 2008, n. 29776; Cass. 4 giugno 2008,n. 14759; Cass. 11 maggio 2007, n.10838. v. altresì abuso del diritto di voto nelle società, abuso della personalità giuridica, del recesso dal contratto di apertura di credito, della compensazione nel rapporto di conto corrente bancario, nel contratto di mediazione Cass. 5 marzo 2009, n. 5348, nel contratto di sale lease back Cass. 8 aprile 2009,n.8481, in materia tributaria Cass. sez.un. 23 ottobre 2008, nn.30055,30056,30057,

<sup>565</sup> v. in proposito G.Vettori, L'interpretazione di buona fede nel codice civile e nel Draft Common Frame of Reference (DCFR), in Riv.dir.priv.,2008,4,p. 675 ss.

della correttezza. Ma qui cominciano le ombre. Esaminiamole una per una.

- a) Secondo la sentenza “ il controllo e l’interpretazione dell’atto di autonomia deve tener presenti le posizioni delle parti, al fine di valutare se posizioni di *supremazia* di una di esse e di eventuale *dipendenza anche economica*, dell’altra siano stati forieri di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che la parte si è prefissata”.
- b) Ciò deve avvenire “in funzione del contemperamento degli opposti interessi” attraverso un controllo non politico ma ispirato ai canoni di *ragionevolezza* la quale esige in un rapporto conflittuale di valutare “*la proporzionalità dei mezzi usati*” nella specie nell’esercizio del diritto di recesso.
- c) Il controllo sull’atto deve dunque spingersi a valutare se “ il recesso *ad nutum* previsto dalle condizioni contrattuali sia stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti”, utilizzando tutto il materiale probatorio acquisito.
- d) Nel caso poi di una “ provata *disparità di forze fra i contraenti*, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica”.
- e) Queste conclusioni rendono irrilevante e superfluo il rilievo della applicazione analogica della legge (18 giugno 1998 n. 172 art. 9) e della normativa di rapporti tipici quali l’agenzia, o di rapporti assai diffusi nella prassi come la concessione di vendita.

Tutte queste considerazioni hanno alcuni pregi e un difetto di fondo. L’eccesso di parole che unisce e avvicina regole e principi diversi per motivare un risultato esatto, ma avvolto in una crisalide troppo massiccia e sbrecciata che non consente di ricavare con precisione il principio di diritto cui il giudice di merito deve attenersi nel giudizio di rinvio. Per ridare spessore al discorso occorre togliere peso alle parole per avvicinarsi ai fatti e in ciò la pulizia dei concetti è sicuramente utile.

#### **14.4. L’ abuso di diritto in Italia e in Europa.**

Le critiche alla teoria dell’abuso di diritto muovono dalla distinzione fra titolarità ed esercizio scandita in una sequenza logica stringente.

L'esistenza di un diritto implica di "pre-stabilire gli effetti giuridici di una data condotta" sicché titolarità ed esercizio sono concetti complementari,<sup>566</sup> perché se "la condotta è conforme al diritto si produrranno gli effetti programmati se la condotta è difforme gli effetti non si produrranno".

D'altra parte l'esercizio del diritto può essere illecito in base ad un diverso schema formale ma allora non ha più senso parlare di abuso e anche il richiamo alla buona fede sarebbe improprio.

A ben vedere la lucidità dell'analisi strutturale convince solo a metà perché non è idonea ad escludere la ragionevolezza del risultato conseguito dalla teoria dell'abuso. Rende solo tale pensiero più complesso inducendo a spingersi ancora più avanti nella chiarezza delle regole e degli strumenti utilizzabili.

Uno sguardo sistematico può essere utile, richiamando quanto già scritto altrove<sup>567</sup>.

È noto che il § 226 del BGB vieta l'esercizio del diritto quando vi sia scopo di nuocere alla altra parte. La disposizione ha avuto poca fortuna perché richiede la prova dell'intento esclusivo di danneggiare e la giurisprudenza ha sviluppato forme di controllo dell'esercizio del diritto facendo leva sul § 826, in tema di illecito, e sul § 242, in tema di buona fede. Si è elaborata così un'imponente casistica che ha influenzato molti altri ordinamenti. Ne cito alcuni solo per evocare la dimensione del problema.

In Grecia l'art. 248 vieta l'esercizio del diritto quando si ecceda in modo manifesto i limiti imposti alla buona fede e al buon costume o le finalità socio-economiche del diritto. In Portogallo l'art. 334 ripete per lo più tale precetto e in Spagna nella Riforma (1974) delle Disposizioni preliminari del codice civile all'art. 7 si prevede ancora l'obbligo di esercizio del diritto conforme alle esigenze della buona fede. Anche in Olanda nel recente codice civile (1992) si dispone all'art. 13, che non si possa compiere atti di esercizio che si traducano in abuso e si formula

---

<sup>566</sup> v. ora M.Orlandi, *Contro l'abuso del diritto*, in questa Rivista ....., ma anche A.Gentili, *Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche* in Riv.dir.comm.,2009,I,403 e , naturalmente, il classico saggio di P.Rescigno,*L'abuso di diritto*, in Riv.dir.civ.,1965,I,205; e di recente C.Restivo,*Contributo ad una teoria dell'abuso di diritto*, Milano, 2007.

<sup>567</sup> V. G. Vettori, *Diritto Privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 116 ss. il cui testo è qui in parte riprodotto.

una tipologia, impiegando diversi criteri di valutazione suggeriti dalla prassi<sup>568</sup>.

Nei paesi dove non si è espressamente disciplinata, la figura dell'abuso si è sviluppata sul piano giurisprudenziale. È successo così in Francia, in Belgio<sup>569</sup> e in Italia dove si afferma<sup>570</sup> che l'abuso «è una violazione della buona fede e consiste nel contegno del contraente che esercita il diritto per uno scopo diverso da quello che è preordinato dalla legge o dal contratto». Solo nei paesi di *common law* non esiste una «autonoma elaborazione della teoria» dovuta all'analoga difficoltà di accogliere la nozione di buona fede.

L'abuso è infine previsto nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, la quale nell'art. 54<sup>571</sup> disciplina l'abuso di diritto e delle libertà e dispone che *nessuno può esercitare un diritto o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciute e può imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste nella Carta*<sup>572</sup>.

Tutte queste norme<sup>573</sup> evocano la teoria dell'abuso<sup>574</sup> in modo diverso in Italia e in Europa.

È noto come la dottrina sia divisa nel riconoscere alla figura la forza di un principio o la espressione solo di una sintesi verbale priva di autonomia rispetto alla buona fede<sup>575</sup>. Si sottolinea la peculiarità di uno scopo o di limite interno al diritto<sup>576</sup>, ma in tal modo ci si muove

---

<sup>568</sup> Per una sintesi efficace delle diverse discipline v. ora M.GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003, p. 24 ss.

<sup>569</sup> V. M.GESTRI, *Abuso del diritto e Frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p.40 ss.

<sup>570</sup> Cass.16 ottobre 2003, n.15492, in *Foro it.* 2004, c.1845 ss.; ma v. anche Cass. 11 novembre 2000, *id.*, 2001, I, c.2374; 14 luglio 2000, n. 9321, n. 15592, *id.* 2000, I, c. 3495.

<sup>571</sup> Il 1 dicembre 2009 è entrato in vigore il Trattato di Lisbona e con esso ha acquisito piena efficacia giuridica la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

<sup>572</sup> v. M.GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 45 ss e 183 ss.

<sup>573</sup> V. G. VETTORI, *Carta europea e diritti dei privati*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2002, p.678; ID., *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit., p.29ss.

<sup>574</sup> v. S. CAFARO, *L'abuso di diritto nel sistema comunitario: dal caso Van Binbergen alla Carta dei diritti, passando per gli ordinamenti nazionali*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2-3, 2003, p.291 ss.; S.BARTOLE-B.CONFORTI-G.RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, sub art. 17, commento di C. PINELLI.

<sup>575</sup> Da un lato si limita la potenzialità precettiva della buona fede alla valutazione del comportamento( U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1968, p.55 ss.) dall'altro se ne esalta anche una funzione di ampliamento del contenuto dell'obbligazione (S.RODOTÀ, voce *Diligenza (dir.civ.)*, in *Enc. Dir.*,XII, Milano,1967, p. 365).

<sup>576</sup> così U. NATOLI, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso di diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, p. 19 ss.

nella nebulosità più assoluta perchè l'esercizio corretto non è abuso e l'esercizio scorretto è illecito e non è abuso<sup>577</sup>.

In realtà il concetto acquista maggior significato se si muove da una considerazione precisa.<sup>578</sup>

Di abuso si può parlare quando attraverso una situazione soggettiva di vantaggio si leda un diritto altrui e ogni analisi sul punto è condizionata dal concetto di diritto soggettivo e dal controllo dell'atto di autonomia. La consapevolezza della storicità di queste nozioni non è compatibile con una indefinita limitazione interna che lascia inalterata la loro struttura la quale, al di là di un'erosione puramente interna<sup>579</sup> si presenta diversa a seguito di una diversa configurazione del rapporto soggetto ordinamento che ne costituisce la base dogmatica<sup>580</sup>.

Questo giudizio colpisce esercizi la cui riconducibilità ad un potere o a un diritto è solo esterna, rilevando una insufficienza di una giustificazione che il riferimento al potere o al diritto può non far supporre in astratto, ma che l'ordinamento non rinuncia mai a far valere in concreto<sup>581</sup>.

Ciò significa che ogni riferimento all'abuso è racchiuso in una pluralità di prospettive, perché la liceità dell'azione non inizia là dove finisce una configurazione astratta della figura soggettiva, ma si scontra, nella realtà dell'ordinamento, con una serie di doveri che condizionano positivamente l'esercizio e la stessa definizione strutturale del potere. Il richiamo alla carica di principio dell'abuso potrà offrire, in tale quadro, quelle valutazioni che, dall'esterno, completano la conformazione della situazione soggettiva con un giudizio di liceità del comportamento o del risultato.

Se è così l'analisi del contesto nazionale e comunitario chiarisce il senso e il ruolo della figura. L'abuso è criterio utile di valutazione ma

---

<sup>577</sup> M. ROTONDI, *L'abuso di diritto*, in *Riv.dir.civ.*, 1923, p. 105 e 209 ss.; ID. *Premessa a L'abus de droit*, Padova, 1979, p. XI-XV; F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 262

<sup>578</sup> v. così testualmente in G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, Milano, 1983, p. 62-65.

<sup>579</sup> F. ROMANO, voce *Obbligo* (noz.gen.) in *Enc. Dir.*, vol. XXIX, Milano, 1977, p.501 ss.

<sup>580</sup> P.Barcellona, *Il problema del rapporto fra soggetto e ordinamento*, in *Studi in onore di S.Pugliatti*, vol.I, Milano, 1978, p.77; e G. VETTORI, *Anomalie e tutele nei rapporti di distribuzione fra imprese*, cit., p. 66 ss.

<sup>581</sup> Sulla possibile riconduzione della figura dell'abuso alla teoria dell'illecito F.D.BUSNELLI, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, cit., p. 171 - 212; U. BRECCIA, *L'abuso del diritto*, in *Diritto Privato*, 1997, p.11; D. MESSINETTI, voce *Abuso del diritto*, cit., p. 15 e 18 ove si colloca sistematicamente l'abuso nel criterio di ingiustizia del danno; ma v. ancora le pagine di P. RESCIGNO, *L'abuso di diritto*, cit., p. 68.

racchiude giudizi, criteri e regole diverse fra loro. Reprime contegni illeciti e richiama, in tal caso, la teoria dell'illecito. Reprime intenti e risultati elusivi attraverso la nullità di tali atti. Pone in luce approfittamenti e lesioni che sono racchiusi in rimedi contrattuali. Sanziona distorsioni della concorrenza con un rinvio a specifiche regole e competenze. Si sovrappone nella disciplina della libertà di contratto alla buona fede, duplicando, in modo pressoché totale, il contenuto precettivo della clausola.

Tutte queste regole e tutele non possono essere unificate o confuse occorre invece distinguere e fissare orientamenti precisi muovendo dal tipo di atto e di rapporto concreto e dai rimedi esperibili. Ciò per un motivo chiaro.

*L'abuso di un diritto o di una libertà è un principio che si evince dall'ordinamento interno e comunitario, ma richiede per essere operativo la precisazione di una regola (non creata ma trovata nel sistema) e la individuazione dei rimedi, a volta a volta, esperibili nella fattispecie concreta.* Sul punto è opportuno soffermarsi per uno schematico e incompleto inventario.

#### 14.5. Abuso e elusione tributaria

Sulla scia di precedenti sentenze la Corte di Cassazione trae dai principi di capacità contributiva (art.53, Cost. comma 1) e di progressività dell'imposizione (art. 53 Cost. comma 2) un generale principio antielusivo in base al quale si prevede che “ il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di *strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione*, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”<sup>582</sup>.

La **regola** è ri-costruita nel sistema in dialogo con la Corte di Giustizia europea.

Sin dal caso Halifax<sup>583</sup> la Corte ha precisato che “atti e comportamenti delle parti nella loro reciproca connessione possono essere considerati abuso del diritto o di forme giuridiche” quando le operazioni relative

---

<sup>582</sup> Cass. sez.un. 23 dicembre 2008, n. 30057 e già Cass. n. 10257/08 e Cass. n.25374/08 ,tutte in Foro it. On-line. Ciò anche quando una specifica norma antielusiva abbia “espressamente preso in considerazione” e tipizzato alcuni benefici fiscali in epoca successiva ai fatti oggetto di esame perché “ esiste nell'ordinamento costituzionale *un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono create norme fiscali (lato sensu) di favore*”

<sup>583</sup> Corte Giust. 21 febbraio 2006 C-255/02, Halifax e a. in Racc. 2006 p. I-1609

non “ si spiegano altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali”<sup>584</sup>. Poco dopo la Corte di Cassazione italiana<sup>585</sup> ha richiesto ,ai sensi dell’art.234 CE, se il carattere abusivo vi sia in presenza di un atto posto in essere con il *solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale* o anche quando l’operazione abbia essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale e dunque *le ragioni economiche diverse dal vantaggio fiscale siano assolutamente marginali o irrilevanti*. La risposta della Corte è netta. La sentenza Halifax non ha inteso affatto fissare nell’unico scopo del vantaggio fiscale la condizione di esistenza dell’abuso ma ha solo sottolineato che nel caso di specie si era superata “ la soglia minima che consente di qualificare una pratica abusiva. La corretta interpretazione della Direttiva induce a riconoscere una pratica abusiva “ qualora il perseguimento di un vantaggio fiscale costituisca lo scopo essenziale dell’operazione o delle operazioni controverse. E non poteva essere che così nell’applicare secondo criteri di ragionevolezza un criterio, l’abuso, che vuole colpire un risultato elusivo con una attenzione alla funzione sostanziale dell’atto e non ad un requisito formale che contrasterebbe con la ragione di fondo del rimedio.

**Il rimedio** individuato è altrettanto chiaro. L’inopponibilità all’Amministrazione dell’atto elusivo che è adottato dal legislatore in altre norme sul tema ( L. n. 408 del 1990 art. 10 comma 1, poi modificato dalle leggi n. 724 del 1994 ,all’art. 28, e n. 662 del 1996 ,all’art. 3 comma 26, nonché da ultimo dalla L. n. 38 del 1997 all.art.7). Si può solo ricordare che il risultato non sarebbe stato diverso se la Corte italiana avesse fatto riferimento alla normativa interna sulla frode alla legge o alla causa concreta del contratto che hanno entrambe di mira un risultato vietato e non un intento o un requisito formale esistente<sup>586</sup>.

---

<sup>584</sup> così il § 75 della motivazione

<sup>585</sup> Cass. ord. 10 marzo 2006 in Foro it- on-line

<sup>586</sup> i senso contrario su questo punto A.Gentili, Abuso del diritto, giurisprudenza tributaria e categorie civilistiche, cit. p.414 sulla base della non divisibile affermazione che “ nella qualificazione dei fatti giuridici la funzione è decisiva solo se univoca” e dunque “ Nell’ambiguità o plurivocità della funzione, la struttura riprende il sopravvento”. Non è affatto così, ci sembra, quando la funzione diviene criterio di valutazione della liceità di un atto o di un comportamento.



## 14.6. L'abuso della libertà contrattuale.

Non è dubbio che si può avere abuso anche di una libertà e della libertà di contratto in particolare ma ciò esige un chiarimento sulle regole e i rimedi utilizzabili per non smarrire la retta via.

**La regola.** I Giudici nazionali e gli Organi dell'Unione europea hanno ripensato nel profondo i presupposti della fattispecie contrattuale basata sulla parità sostanziale delle parti. Da un lato il lento processo di studio sulla uniformazione del diritto dei contratti in Europa ipotizza un “*common fundamental principles of Europea contract law ..in particular where a contract is concluded with a weaker party*” dall'altro la giurisprudenza si è spinta molto in avanti.<sup>587</sup> La Corte costituzionale tedesca sin dal 1993 ha dato rilievo ad una “strutturale soggezione di una parte”<sup>588</sup>, le Corti francesi ricorrono alla buona fede per attuare forme di solidarismo contrattuale<sup>589</sup>, l'High Court e la Court of Appel in Inghilterra hanno dato rilievo in Inghilterra alla disuguaglianza di potere contrattuale<sup>590</sup>, in attuazione di quanto è affermato dalla Corte di Giustizia nel caso Courage che considera rilevante l'inferiorità grave di una parte nei confronti dell'altra<sup>591</sup>. La Cassazione italiana precisa ora che nel caso di una “provata *disparità di forze fra i contraenti*, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica”<sup>592</sup>. Questa osservazione è condivisibile Ma richiede un chiarimento. La disparità e l'abuso sono criteri giuridici di valutazione di cui si deve precisare le conseguenze e l'analisi lambisce di nuovo le tutele.

**I rimedi. L'invalidità.** E' bene ricordare che la nullità è prevista espressamente dalla legge perchè coinvolge la posizione delle parti e di tutti quei terzi coinvolti nella eliminazione del titolo, basta pensare alla circolazione del bene ed agli effetti indiretti e riflessi dell'atto di autonomia. Questo conflitto è risolto dall'ordinamento con una

---

<sup>587</sup> G. Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, cit. p. 111.

<sup>588</sup> Corte cost. tedesca, 19 ottobre 1993, in Nova giur.civ.comm.,1995,I,p.197, con nota di A.Barengi.

<sup>589</sup> v. G. Vettori, Diritto privato e ordinamento comunitario, Milano, 2009, p. 110 ss e D. Cohen, La bonne foi contrattuale: éclipse e renaissance, in Le Code civil: Un passé, un present, un avenir, Paris, 2004,p. 523 ss.

<sup>590</sup> High Court 26 giugno 2003 e Court of Appell 21 maggio 2004

<sup>591</sup> Corte Giust. 20 settembre 2001, in Foro it.

<sup>592</sup> Cass.,18 settembre2009,n.20106 cit.

regola che giustifica la riprovazione radicale del risultato programmato e degli effetti per la presenza di un difetto di struttura, di una immoralità o della illiceità dell'assetto (1418 c.c.), della violazione di un precetto o di un concetto indeterminato (ordine pubblico, buon costume). D'altra parte l'annullabilità si ha solo in ipotesi tassative (1427 ss.) mentre la rescissione (1447, 1448) dà rilievo ad una iniquità o squilibrio in presenza di altri parametri soggettivi (stato di necessità o bisogno, vizi della volontà o di capacità) e di rigorosi limiti oggettivi (lesione enorme) ora largamente superati dalla disciplina di settore. La quale utilizza la nullità in modo diverso a seconda del rilievo che la disparità, l'abuso e lo squilibrio rivestono in diversi settori di attività.

Nei contratti dei consumatori sono nulle le clausole vessatorie in presenza di uno squilibrio fra diritti e obblighi contrario alla buona fede (33 cod. cons) e solo nei casi ricorrono criteri prefissati dalla legge (34 cod. cons.) con il ricorso anche a presunzioni legali (33 cod. cons). Nei contratti fra imprese si delimita rigorosamente le ipotesi di intese restrittive della concorrenza e di posizione dominante sul mercato (art. 2 e 3 L. 287 del 1990) e si fissano gli elementi e i limiti espressi di individuazione delle ipotesi di abuso di dipendenza economica (art. 9 L.192 del 1998) in un singolo rapporto negoziale e di iniquità dell'accordo sui termini di pagamento (D.leg.n.231 del 2002). Nella repressione penale del contratto usurario si richiede una sproporzione accompagnata da una difficoltà economica e finanziaria della vittima.(L.n.108 del 1996)<sup>593</sup>

In tutti questi casi la possibile eliminazione degli effetti è rimessa ad una fattispecie che il giudice deve interpretare e applicare direttamente o con il ricorso all'analogia.

Qualcosa di analogo accade nella formulazione dei principi di derivazione europea, i quali richiedono per l'eliminazione degli effetti conoscenza e approfittamento di una circostanza soggettiva quale una difficoltà economica o necessità urgente, oppure l'ignoranza, l'inesperienza o altra inabilità<sup>594</sup>.

Dunque nelle codificazioni nazionali e nelle ipotesi di uniformazione l'abuso di una posizione di forza e la debolezza di una parte non sono affatto sufficienti per l'eliminazione dell'atto <sup>595</sup>. Qualsiasi

---

<sup>593</sup> V. per una sintesi su tali provvedimenti G.Vettori, *Contratti e rimedi*, Padova, 2009, p.41ss. e 654 ss.

<sup>594</sup> V. il DCFR II-7:207; PECL 4:109; Unidroit 3:10

<sup>595</sup> v. G. Amadio, *Nullità anomala e conformazione del contratto* (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale"), in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 296 ss.; G. D'Amico, *L'abuso di autonomia negoziale nei contratti dei consumatori*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p.625 ss.; F.Macario, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti fra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss; G. Vettori,

semplificazione sul punto non appare davvero giustificata mentre invece sarà possibile un'interpretazione analogica delle discipline generali e di quelle speciali nell'ambito della materia settoriale che esse disciplinano. Tutto ciò in una prospettiva evolutiva dei rimedi invalidanti nell'ordinamento interno e comunitario.

**La responsabilità** . La prospettiva è diversa se si valutano i comportamenti nella fase formativa o esecutiva dell'atto.

In tal caso il giudice deve valutare la correttezza ai fini di una responsabilità e del conseguente pregiudizio economico per la parte danneggiata e il giudizio non può che essere rimesso ad una clausola generale e ad un giudizio di responsabilità che coesiste con la presenza di un atto valido ed efficace<sup>596</sup>. Basta ricordare sul punto la Corte di Cassazione a Sezione unite<sup>597</sup> e la Corte di Giustizia Europea, nel caso *Courage* che in presenza della domanda di risarcimento di una parte di un contratto affetto da nullità ha ritenuto possibile cumulare le due azioni superando la tradizione di *civil law* ove «l'invalidazione è destinata a prevenire e sostituire il risarcimento»<sup>598</sup>. Senza trascurare i testi di Principi<sup>599</sup>.

---

Libertà di contratto e diaprità di potere, in Riv.dir.priv.,2005, p. 743 ss.. Trascura questa indicazione e smarrisce la via segnata dall'ordinamento comunitario per incamminarsi in un sentiero non tracciato, impervio e pericoloso G. Salvi, Contributo allo studio della rescissione nel nuovo diritto dei contratti, Napoli, 2009, p. 272 ss

<sup>596</sup> in senso contrario A. GAMBARO, *op. ult. cit.*, ma v. sul punto G.Vettori, *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano 2009, p.90.

<sup>597</sup> Cass. Sez. un., 19 dicembre 2007 n. 26725 e n. 26724 commentata da G. VETTORI, *Regole di validità e di responsabilità di fronte alle Sezioni Unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*, in *Obb. Contr.*, 2, 2008, p. 1 ss.

<sup>598</sup> Così A. DI MAJO, *Le obbligazioni*, in *Manuale di diritto privato europeo*, II, a cura di C.Castronovo e S. Mazzamuto, cit., p. 141.

<sup>599</sup> . Ancora, nel testo di *Common Frame of Reference* si afferma con chiarezza la cumulabilità dei rimedi che non siano fra loro incompatibili (art. III- 3:102), secondo una logica che ammette, in caso di lesione di un interesse protetto, tutte le tutele che sia possibile esperire salvo le ipotesi di incompatibilità logica. Infine, anche il recente testo degli *Acquis Principles* mostra di percorrere questa strada (art. 2:207Il comma 2 dell'art. 2:207 (rubricato “*Remedies for breach of information duties*”) dei *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles) Contract I (Pre-contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms)*, Sellier, 2007, stabilisce che «anche se nessun contratto è concluso tra le parti, la violazione dei doveri stabiliti dagli artt. 2:201 – 2:206 legittima la parte a richiedere i danni. Di conseguenza, trova applicazione il Capitolo 8». L'ultimo comma precisa: «Se una parte non ha adempiuto agli obblighi stabiliti dagli articoli da 2:201 a 2:206 ed il contratto è stato concluso, il contratto medesimo contiene quelle obbligazioni che l'altra parte può ragionevolmente aspettarsi quali conseguenze dell'assente o incorretta informazione ricevuta. I rimedi disposti dal Capitolo 8 trovano applicazione in caso di mancata esecuzione di queste obbligazioni».

## 14.7. Abuso e buona fede.

**Le regole.** La Corte di Cassazione italiana ribadisce da tempo una massima consolidata che si può scomporre per apprezzarne il valore.

La buona fede:

- attua il principio di solidarietà (art.2 Cost) e attribuisce al giudice un potere di controllo sulla formazione, interpretazione ed esecuzione del contratto;
- obbliga le parti a tenere quei comportamenti che senza un apprezzabile sacrificio, sono idonei a preservare gli interessi dell'altra parte <sup>600</sup>;
- reprime comportamenti arbitrari nell'esercizio di un diritti o elusivi nei confronti del contratto concluso<sup>601</sup>;
- sanziona abusi del diritto e del processo in presenza di "comportamenti ostruzionistici volti ad impedire o a non consentire la liberazione del debitore" <sup>602</sup>;
- tutela il ragionevole affidamento al rispetto, in ogni relazione privata delle regole e dei doveri previsti dalla legge in settori determinati di attività<sup>603</sup>;
- colpisce comportamenti lesivi del divieto di "*venire contra factum proprium* nel segno di una necessaria coerenza dell'agire e della tutela degli affidamenti suscitati;

**I rimedi. Responsabilità e inefficacia.** Tutto ciò può aprire la via all'accertamento di una responsabilità e alla condanna ad un risarcimento, ma non solo.

La contrarietà di un contegno alla regola di buona fede potrà comportare l'inesigibilità degli effetti derivanti da una clausola contrattuale la cui esecuzione sia contraria all'art. 1375 c.c.<sup>604</sup>. Ciò quando "avuto riguardo alle circostanze del caso concreto può essere contrario al dovere di esecuzione del contratto secondo buona fede, prestare attuazione a quella determinata clausola". Il caso della

---

<sup>600</sup> Cass. 11 gennaio 2006, n. 264; Cass. 7 giugno 2006, n. 13345.

<sup>601</sup> Cass. 5 marzo 2009 n. 5348 ; Cass. sez.un. 15 novembre 2007 n. 23726; Cass. 11 gennaio 2006, n. 264.

<sup>602</sup> Cass. 4 maggio 2009, n. 10182

<sup>603</sup> G. VETTORI, *Contratto e concorrenza*, in *Riv. Dir. Priv.*, 2004, p. 794ss.; ID., *Diritto dei contratti e "costituzione" europea*, cit. p. 197ss.

<sup>604</sup> E. Scoditti, *Regole di efficacia e principio di correttezza nei contratti del consumatore*, in *Riv.dir.civ.*, 2006, p.131; G. Vettori, *Contratto e rimedi*, Padova, 2009, p. 306-307.

fideiussione omnibus è emblematico. La Banca che conceda credito al debitore principale in modo abusivo non può rivalersi poi nei confronti del fideiussore in base alla clausola che lo consentirebbe<sup>605</sup>.

Insomma l'unica conclusione possibile è il ricordo del motto latino *distingue frequenter* che richiama soprattutto nel nostro caso un corretto uso di regole e principi, una consapevole distinzione fra giudizi di validità e di responsabilità e di inefficacia che non possono essere confusi nell'abuso come unico informe contenitore privo di rigore e utilità per le parti e di sicuro orientamento per il giudice.

---

<sup>605</sup> V. da ultimo Cass.,24 febbraio 2004, n.3610 ove si afferma che nei contratti conclusi anteriormente alla L. 17.2.1992 n.154, l'operatività della garanzia prevista dall'art.1948c.c., rimane esclusa, pur in presenza di un atto valido, ogni qualvolta il comportamento della Banca, beneficiaria della garanzia, non sia improntato, nei confronti del fideiussore al rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

## 15. La rappresentanza

La legge prevede varie figure di sostituzione nell'altrui attività giuridica. Esse possono derivare da molteplici fonti: un potere conferito dalla legge, un potere conferito dall'interessato oppure una successiva accettazione dell'interessato<sup>606</sup>.

Non a caso, infatti, il codice civile disciplina uno successivamente all'altro diversi fenomeni di sostituzione: la rappresentanza, il contratto per persona da nominare, la cessione del contratto, il contratto a favore di terzi.

Sicché, inizialmente, per comprendere la disciplina della rappresentanza, è opportuno procedere alla sua distinzione da altre figure analoghe, alla determinazione del suo ambito di applicazione e all'esame della pluralità di fonti.

### 15.1. Le figure simili

#### *La gestione di affari altrui*

Si tratta di una attività cominciata per libera iniziativa del gestore. Le obbligazioni sorgono in virtù di una situazione di fatto, quando sono integrati i presupposti elencati analiticamente dalla norma. 1) Vi deve essere un impedimento dell'interessato che non sia in grado di provvedere ai propri interessi, ma non vi deve essere una sua proibizione in ordine alla ingerenza altrui. 2) Il gestore deve essere consapevole di curare un interesse altrui e il suo intervento deve essere spontaneo (art. 2028 c.c.). Se così non fosse, si configurerebbe come adempimento di un obbligo giuridico. 3) Alla base della gestione deve essere la sua iniziale utilità, intesa come intervento idoneo ad incrementare il valore del bene o ad evitare un pregiudizio.

Una volta integrati i presupposti richiesti, sorge il rapporto obbligatorio: il gestore deve continuare l'attività fino al suo compimento o fino a quando il *dominus* può provvedervi direttamente, deve fornire un rendiconto ed è soggetto alle obbligazioni che deriverebbero da un mandato (art. 2030); il gestito ha l'obbligo di tenere indenne il gestore dalle obbligazioni assunte e di rimborsare le spese sostenute.

---

<sup>606</sup> Così F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, p. 268, Napoli, 1974.

A differenza della rappresentanza, nella *negotiorum gestio*, l'effetto sostitutivo si produce come effetto di un comportamento unilateralmente e consapevolmente assunto dal gestore, a prescindere da un precedente rapporto col gestito o dal conferimento di un incarico.

### *Il nuncius*

Il *nuncius* è privo di qualsiasi potere di rappresentanza. Trattasi di un soggetto che agisce come strumento di trasmissione della dichiarazione di altre persone, si pone quale tramite per manifestare la volontà di un terzo<sup>607</sup>. In breve, è il mero portavoce delle determinazioni altrui<sup>608</sup>.

Ne segue che è necessario solo che egli sia in grado di riferire la dichiarazione e non anche che rappresenti la parte interessata.

Elemento differenziale rispetto alla rappresentanza sta nel margine di discrezionalità attribuita. Se al *nuncius*, nel riferire la volontà altrui, si attribuisce una più o meno intensa libertà di azione esiste un conferimento di potere e si applica dunque la disciplina della rappresentanza<sup>609</sup>.

### *Il contratto per persona da nominare*

Nel contratto per persona da nominare, che sarà esaminato più avanti, la sostituzione è eventuale, in quanto la nomina può non essere perfezionata ed è *in incertam personam*. Vale a dire, la persona da nominare non è identificata al momento della conclusione dell'accordo ed in caso di mancata nomina il contratto resta vincolante per lo stipulante.

---

<sup>607</sup> Secondo la giurisprudenza, “la differenza sostanziale tra la figura del rappresentante indiretto e quella del nuncius è data dall'assunzione della qualità di parte sostanziale e formale del contratto, cioè del soggetto cui vanno imputati gli effetti del contratto (parte sostanziale) e che rende le dichiarazioni contrattuali (parte formale). Il rappresentante indiretto è parte in senso formale e in senso sostanziale, sia pure, quanto a questo secondo aspetto, con talune limitazioni (perchè alcuni effetti del contratto stipulato dal rappresentante indiretto si producono direttamente in capo al rappresentato, per come si evince dall'art. 1705 c.c., comma 2, secondo inciso, e art. 1706 c.c., comma 1). Il nuncius non è mai parte nè in senso sostanziale nè in senso formale”. Cass., 14 febbraio 2014, n. 3433, in *Iusexplorer*.

<sup>608</sup> Cass., 13 luglio 2007, n. 15677, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 7-8.

<sup>609</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 262.

“L’istituto della "negotiorum gestio", così come previsto e disciplinato dagli artt. 2028 ss. c.c., postula uno svolgimento di attività, da parte del gestore, diretta al conseguimento dell’esclusivo interesse dell’altro soggetto, - non configurabile, quindi, nelle ipotesi in cui ricorra una contrapposizione dei rispettivi interessi di cui risultino portatori, rispettivamente il negotiorum gestor ed il negotiorum gestus - caratterizzato dalla spontaneità dell’intervento del gestore, e quindi dalla mancanza di un qualsivoglia rapporto giuridico in forza del quale il gestore sia tenuto ad intervenire nella sfera giuridica altrui. (Nella specie un genitore aveva agito nei confronti del genero per ottenerne la condanna al rimborso delle spese sostenute per il mantenimento della figlia, moglie separata del convenuto; la Corte, in applicazione dei principi succitati, ha ritenuto insussistenti i presupposti della "negotiorum gestio")” (Cass., 22 dicembre 2004, n. 23823, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 1).

### 15.2. Le caratteristiche

La rappresentanza realizza una forma di cooperazione sostitutiva nella quale un soggetto (il rappresentante) esercita la propria attività a vantaggio di un altro (*dominus* o rappresentato), sostituendosi a lui per la cura dei suoi interessi nei confronti di terzi<sup>610</sup>.

Si è sottolineato che la rappresentanza è un potere di secondo grado tramite il quale il rappresentante, spendendo il nome altrui, esercita l’altrui autonomia privata andandone a formare la volontà negoziale, nei limiti della procura a lui conferita<sup>611</sup>.

Gli effetti dell’attività svolta si producono immediatamente nella sfera giuridica del rappresentato che diviene, pertanto, parte nel rapporto con il terzo, senza ulteriori passaggi intermedi.

Per ottenere questo risultato l’art. 1388 c.c. richiede tre requisiti: aver agito in nome del rappresentato (spendita del nome); aver operato nel suo interesse; aver operato entro i limiti delle facoltà consentite.

Ognuno di questi elementi merita un breve approfondimento.

---

<sup>610</sup> v. U. NATOLI, voce *Rappresentanza (Dir. Priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1987, p. 463.

<sup>611</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 1055.



a) *la spendita del nome*

Al fine di consentire al terzo di avere cognizione che gli effetti del contratto si produrranno nei confronti di altro soggetto, è necessario che venga indicata la persona per la quale il rappresentante opera. Si deve, in altri termini, “spenderne il nome”, esprimere la c.d. *contemplatio domini*.

La *contemplatio domini* si articola in due fasi: la manifestazione che l'atto non è compiuto per il suo autore ma per un diverso interessato; la indicazione dell'identità di quest'ultimo.

Se il rappresentante si limita a far presente di contrarre per un altro senza, tuttavia, indicarne l'identità, il contratto vincolerà il rappresentante fino a quando il nome non sarà rivelato<sup>612</sup>.

È proprio sulla spendita del nome che si fonda la distinzione tra rappresentanza diretta e indiretta.

In questa seconda ipotesi, il titolare dei diritti ed obblighi diventerà colui che emette la dichiarazione e non la persona nell'interesse della quale si agisce. Non si producono, pertanto, le conseguenze dell'art. 1388 c.c. ed occorrerà un ulteriore atto per trasmettere gli effetti nel patrimonio del rappresentato.

Secondo una parte della dottrina<sup>613</sup>, tali due fattispecie andrebbero lette in termini unitari perché, in entrambe, il rappresentante agisce sempre per conto di un altro soggetto.

Più condivisibile, invece, sembra l'opinione di chi, valorizzando il requisito della spendita del nome, circoscrive la figura della rappresentanza solo ai casi in cui si produce l'effetto indicato dall'art. 1388 c.c., direttamente e senza il *medium* di un'ulteriore attività negoziale<sup>614</sup>.

In sintesi, la spendita del nome è il momento decisivo per porre in evidenza che l'agente non agisce per se stesso ma per perfezionare un'attività da riferire a un terzo<sup>615</sup>. Ci si è chiesti se sia, tuttavia, ammessa una spendita del nome tacita o implicita<sup>616</sup>. La soluzione più rigorosa è preferibile.

---

<sup>612</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 275.

<sup>613</sup> S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, Milano, 1965, p. 395; A. Trabucchi, *La rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 576

<sup>614</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 1052

<sup>615</sup> Così G. DE NOVA, *La rappresentanza*, in *Trattato di diritto privato* a cura di P. Rescigno, X, t. 2, Torino, 1982, p. 392 e S. DELLE MONACHE, *La contemplatio domini*, *Contributo alla teoria della rappresentanza*, Milano, 2001, p. 4 e ss.

<sup>616</sup> In senso restrittivo Cass., 8 febbraio 1985, n. 987, in *Giur. It.*, I, 1, p. 1492 e Cass., 7 dicembre 1994, n. 10523, in *Giust. civ. Mass.*, 1994, fasc. 12 che evidenzia una presunzione, in sede di stipula di un contratto, che i soggetti stipulanti agiscano per sé

Per alcuno non sarebbe ammessa una spendita tacita o implicita desunta da presunzioni, come la conoscenza dell'esistenza di una procura<sup>617</sup>. Un'impostazione meno formalistica assume che la spendita non deve consistere in una espressa dichiarazione, essendo necessario un comportamento del rappresentante, univoco e concludente, idoneo a manifestare all'altro contraente che egli agisce per un diverso soggetto<sup>618</sup>.

In giurisprudenza esistono sentenze contrastanti della Suprema Corte<sup>619</sup>. Si osserva in particolare che, in presenza di un'attività negoziale per la quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, non è sufficiente l'esistenza della procura nella stessa forma, ma la spendita deve risultare, sempre *ad substantiam*, anche dallo stesso documento contrattuale sottoscritto dal rappresentante<sup>620</sup>. In tal caso la soluzione di maggior rigore è coerente con il contenuto dell'art. 1338 c.c.

#### *b) Il perseguimento dell'interesse del rappresentato*

Accanto alla spendita del nome, è necessario che il rappresentante agisca perseguendo l'interesse del *dominus*.

Fra questi due soggetti esiste un rapporto di gestione che può coincidere con un contratto di mandato, di lavoro subordinato, di agenzia o altro ancora. In tal caso si applicherà la disciplina del tipo, ma il conferimento del potere rappresentativo (1388) determinerà un ulteriore effetto. Il contratto concluso dal rappresentante, in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferite, produrrà direttamente effetti nei confronti del rappresentato.

Si comprende così come il perseguimento dell'interesse del rappresentato costituisca la *ratio* dell'attribuzione del potere al rappresentante<sup>621</sup> e sia l'espressione dell'esistenza di un rapporto di gestione fra i due soggetti. Si badi, a prescindere dal rapporto di gestione alla base, non mutano gli effetti tipici della rappresentanza<sup>622</sup>.

---

stessi ove non dichiarino espressamente di agire in nome di altri. L'onere della prova di aver dichiarato di agire in nome di terzi spetta a colui che assume di avere agito in nome di altri.

<sup>617</sup> Cass., 6 novembre 1978, n. 5057, in *Mass. Foro it.*, 1978.

<sup>618</sup> V. in G. STELLA, *La rappresentanza*, in *Trattato del Contratto*, (a cura) di Roppo, 2006, I, p. 766.

<sup>619</sup> Nel senso meno formalistico Cass., 30 giugno 2005, n. 13978, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 6; *contra*: Cass., 29 novembre 2006, n. 25247, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, p. 11.

<sup>620</sup> Cass., 13 aprile 2005, n. 7640, in *Riv. Notariato*, 2005, 6, p. 1415.

<sup>621</sup> Così C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, 3. *Il contratto*, Milano, 2000, p. 73.

<sup>622</sup> Così Cass., 23 maggio 2014, n. 14215, in *Iusexplorer*

La violazione di tale obbligo produce una situazione di conflitto di interessi patrimoniali e non patrimoniali<sup>623</sup>.

Può accadere che il rappresentante abusi del suo potere ed eserciti le facoltà conferite nell'interesse proprio o altrui. Si distingue dall'ipotesi del difetto o eccesso di rappresentanza per un aspetto chiaro. Nell'abuso il potere esiste ma è mal esercitato; nell'eccesso o difetto manca il conferimento ovvero il rappresentante travalica i limiti indicati nella procura.

Sotto il profilo rimediabile, mentre la mancanza di spendita del nome impedisce il verificarsi degli effetti della rappresentanza, il mancato perseguimento degli interessi del rappresentato comporta, nei casi previsti, l'annullabilità del contratto e la responsabilità del rappresentante<sup>624</sup>.

Fatta questa premessa generale è opportuno esaminare con maggiore attenzione tre fattispecie di abuso: conflitto di interessi; contratto con se stesso; collusione con il terzo.

### *Conflitto di interessi.*

Si parla di conflitto di interessi quando il rappresentante sia portatore di interessi incompatibili con quelli del rappresentato, cosicché la loro salvaguardia gli impedisce di tutelare adeguatamente quelli del *dominus*. Si può distinguere un conflitto di interessi immediato e diretto, quale il perseguimento, da parte del rappresentante, di un interesse in contrasto con quello del rappresentato, e un conflitto mediato e indiretto realizzato a favore di un terzo al quale il rappresentante sia legato<sup>625</sup>. Tali vincoli sono stati valutati dalla giurisprudenza come indizi che consentono al giudice di merito di ritenere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, ed in concorso con altri elementi (come l'inesistenza di qualsiasi interesse al contratto ovvero la sussistenza di un pregiudizio non correlato ad alcun vantaggio), sia il proposito del rappresentante di favorire il terzo, sia la conoscenza effettiva o, quanto meno, la conoscibilità di tale situazione da parte del terzo<sup>626</sup>.

Il conflitto è, invece, escluso qualora il rappresentato abbia predeterminato il contenuto del contratto o abbia autorizzato il rappresentante alla conclusione del contratto stesso (1395 c.c.). In tal caso, è la volontà del rappresentato a determinare consapevolmente gli effetti del negozio.

---

<sup>623</sup> V. G. STELLA, *La Rappresentanza*, cit., p. 863.

<sup>624</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 260.

<sup>625</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 284.

<sup>626</sup> Tra molte: Cass., 17 luglio 2007, n. 15981, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8.

Per quanto riguarda il profilo rimediabile, il contratto concluso dal rappresentante in conflitto di interessi con il rappresentato è annullabile su domanda del rappresentato (art. 1394 c.c.).

L'azione di annullamento può essere esperita solo se il conflitto doveva essere noto o riconoscibile dal terzo contraente e l'onere della prova è a carico del rappresentato. Si può solo ricordare che l'art. 1393 c.c. pone a carico del terzo l'onere di chiedere al rappresentante la giustificazione dei suoi poteri, esibendo il relativo atto (procura), sicché non è facile eccepire l'ignoranza dell'oggetto e dei limiti della legittimazione del rappresentante e, quindi, della situazione di conflitto in cui versa<sup>627</sup>.

Un contrasto si registra in ordine alla necessità di provare o meno un vantaggio per il terzo o, per converso, un pregiudizio per il rappresentato.

Mentre un primo orientamento ne nega la rilevanza e rimane più aderente al dato normativo<sup>628</sup>, un'altra tesi integra l'art. 1395 c.c. e richiede di provare non solo che il rappresentante persegua interessi, propri o di un terzo, inconciliabili con quelli del rappresentato, ma altresì che a quest'ultimo ne sia derivato, o ne possa derivare, un danno<sup>629</sup>.

A ben vedere, entrambi gli orientamenti escludono la configurabilità di un conflitto in astratto ma richiedono sempre la prova nel concreto. Vale a dire, per conseguire l'annullamento del contratto, si tratta di dimostrare come il rappresentante, anziché tendere alla tutela degli interessi del rappresentato, abbia perseguito interessi suoi propri o altrui, incompatibili con quelli del rappresentato, di guisa che all'utilità conseguita o conseguibile dal rappresentante, per se medesimo o per il terzo, segua o possa seguire un danno per il rappresentato, elemento sintomatico di un conflitto di interessi.

---

<sup>627</sup> U. NATOLI, *Rappresentanza (dir. priv.)*, cit., p. 486.

<sup>628</sup> in tal senso, Cass., 15 marzo 2012, n. 4143, in *Giust. civ.*, 2012, 4, I, p. 905; Cass. 18 luglio 2007 n. 15981: in *Contratti*, 2008, 589, con nota di MAZZOLETTI, *Conflitto di interessi del rappresentante e richiesta di annullamento del contratto*; in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, 2, II, 367, con nota di DI MARTINO, *Contratto concluso dall'amministratore con rappresentanza in conflitto di interessi: principi negoziali e societari*; Cass. 26 novembre 2002 n. 16708, in *Riv. giur. lav. prev.*, 2003, 274, con nota di FEDERICI, *Rappresentanza organica e conflitto di interessi: le tecniche sanzionatorie nelle assunzioni di favore*

<sup>629</sup> Cass. 7 dicembre 1999 n. 13708, in *Riv. not.*, 2001, 2, II, 465, con nota di MATTIANGELI, *Il conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria*. In tal senso anche D. MAFFEIS, *Tutela dell'interesse e conflitto di interessi nella rappresentanza e nel mandato*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, pag. 253.

### *Contratto con se stesso.*

Una particolare ipotesi di conflitto di interessi si ha **nel contratto del rappresentante con se stesso**. Anche in questo caso il contratto è annullabile su domanda del rappresentato e si tratta di una presunzione *iuris tantum*<sup>630</sup>, superabile in due ipotesi: qualora il rappresentante sia stato “specificatamente” autorizzato a contrattare con se stesso; qualora il contenuto del contratto sia stato predeterminato escludendo, in tal modo, profili conflittuali (art. 1395 c.c.).

La giurisprudenza interpreta tale norma restrittivamente e ritiene idonea l'autorizzazione a concludere un contratto con sé stesso solo se sia accompagnata dalla “puntuale determinazione degli elementi negoziali e non anche qualora essa risulti del tutto generica, (non contenendo, tra l'altro, indicazione alcuna in ordine al prezzo della compravendita)”<sup>631</sup>. Di diversa opinione è una parte della dottrina secondo la quale sarebbe solo necessario che l'autorizzazione individui il proprio oggetto in modo sufficiente a delimitare il rischio con essa assunto<sup>632</sup>.

Per quanto attiene al profilo probatorio, la giurisprudenza ha sottolineato che l'art. 1395, nel consentire la stipula del contratto con se stesso, è una disposizione che fa eccezione al principio, poco sopra ricordato, della irrilevanza del rapporto obbligatorio interno rappresentato-rappresentante e, di conseguenza, la prova per vincere la presunzione *iuris tantum* di conflitto di interessi deve essere fornita dal rappresentante<sup>633</sup>.

### *Collusione con il terzo.*

Può darsi l'ipotesi in cui il terzo ed il rappresentante si accordino per creare un pregiudizio al rappresentato. In tali ipotesi, al rimedio dell'annullabilità del contratto si potrebbe cumulare la domanda di

---

<sup>630</sup> D. MAFFEIS, *Conflitto di interessi nel contratto e rimedi*, Milano, 2002, p. 249. In giurisprudenza, *ex multis* Cass., 4 novembre 2013, n. 24674, in *Iusexplorer*; Cass., 24 ottobre 2002, n. 14982, in *Iusexplorer*; Cass., 3 settembre 1999, n. 9270, in *Corr. giur.*, 2000, p. 923.

<sup>631</sup> Cass., 21 marzo 2011, n. 6398, in *Giust. civ.*, 2013, 2, I, 491; Cass., 24 marzo 2004, n. 5906, in *Giust. Civ. Mass.*, 2004, 3; Cass., 24 ottobre 2002, n. 14982, cit.

<sup>632</sup> E. GABRIELLI, *Il requisito della specificatezza dell'autorizzazione a contrarre in conflitto di interessi: un eccesso di rigore moralistico*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, I, p. 533.

<sup>633</sup> Cass., 20 agosto 2013, n. 19229, in

risarcimento del danno formulata ai sensi dell'art. 2043 c.c. da parte del rappresentato verso il terzo<sup>634</sup>.

Tuttavia, la tesi prospettata è stata criticata da parte della dottrina e dalla giurisprudenza, per le quali il rimedio dell'annullabilità costituisce sufficiente tutela per il rappresentato. Costui, inoltre, potrebbe anche agire in via contrattuale per il risarcimento del danno in forza dei rapporti interni che lo legano al rappresentante o, in mancanza di un contratto, sempre ex art. 2043 c.c. per violazione del dovere che accompagna l'esercizio della potestà conferita con la procura<sup>635</sup>.

Contro tale opinione si può, tuttavia, osservare che la possibilità di ampliare il numero dei legittimati passivi tramite lo strumento della solidarietà garantisce una maggiore tutela per il ristoro del danno subito dal rappresentato vittima di collusione.

### *c) Il rispetto dei limiti delle facoltà consentite*

L'esigenza che il rappresentante debba rispettare i limiti delle facoltà, ovvero dei poteri conferiti ha un doppio effetto: nei riguardi del rappresentato e verso i terzi (v. più oltre paragrafo 7.6). Si è definito tale requisito come "legittimazione rappresentativa" sottolineando che la posizione soggettiva dell'agente non è solo qualificabile come potere, ma anche come dovere o obbligo<sup>636</sup>. Si da esprimere, insomma, l'essenza e la totalità dei profili soggettivi della rappresentanza.

## **Giurisprudenza**

“L'illeggibilità della firma del conferente nella procura alla lite, apposta in calce od a margine dell'atto con il quale sta in giudizio una società esattamente indicata con la sua denominazione, è irrilevante, non solo quando il nome del sottoscrittore risulti dal testo della procura stessa o dalla certificazione d'autografia resa dal difensore, ovvero dal testo di quell'atto, ma anche quando detto nome sia con certezza desumibile dall'indicazione di una specifica funzione o carica, che ne renda identificabile il titolare per il tramite dei documenti di causa o delle

<sup>634</sup> Così W. D'AVANZO, voce *Rappresentanza*, in *Noviss. Dig. It.*, vol. XIV, p. 807 e A. Genova, 4 marzo 1953, in *Riv. dir. comm.*, 1954, II, p. 62.

<sup>635</sup> G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, in *Comm. al Codice civile*, Torino, 1980, p. 385; Perego, *Spunti sul conflitto di interessi nella rappresentanza volontaria*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, p. 1439.

<sup>636</sup> U. NATOLI, voce *Rappresentanza (dir. priv.)*, cit., p. 469.

risultanze del registro delle imprese. In assenza di tali condizioni, ed inoltre nei casi in cui non si menzioni alcuna funzione o carica specifica, allegandosi genericamente la qualità di legale rappresentante, si determina nullità relativa, che la controparte può opporre con la prima difesa, a norma dell'art. 157 c.p.c., facendo così carico alla parte istante d'integrare con la prima replica la lacunosità dell'atto iniziale, mediante chiara e non più rettificabile notizia del nome dell'autore della firma illeggibile; ove difetti, sia inadeguata o sia tardiva detta integrazione, si verifica invalidità della procura ed inammissibilità dell'atto cui accede" (Cass., sez. un., 7 marzo 2005, n. 4810, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 3).

“Il conflitto d'interessi idoneo, ex art. 1394 c.c., a produrre l'annullabilità del contratto, richiede l'accertamento dell'esistenza di un rapporto d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro. Tale situazione, riferendosi ad un vizio della volontà negoziale, deve essere riscontrabile al momento perfezionativo del contratto, restando irrilevanti evenienze successive eventualmente modificative della iniziale convergenza d'interessi. (Nella fattispecie, la S.C. ha confermato la sentenza impugnata con la quale non era stato ravvisato conflitto d'interessi in un caso di fideiussione concessa da società di capitali a imprenditore privato, socio della società di capitali e coniuge dell'amministratore unico e legale rappresentante, ritenendosi che la fideiussione corrispondesse sia all'interesse della società, avente ad oggetto la gestione del patrimonio immobiliare dei soci, che a quello dei due unici soci, a nulla rilevando il successivo mutamento della compagine sociale e la sopravvenuta assenza di corrispondenza tra l'interesse della società e dei soci e quella del terzo garantito)” (Cass., 8 novembre 2007, n. 23300, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 11).

### **15.3. Fonti della rappresentanza**

La rappresentanza può trovare la propria fonte nella volontà dell'interessato (rappresentanza volontaria) o nella legge (rappresentanza legale) (art. 1387 c.c.).

## Rappresentanza legale

Rappresentanza  
legale

Si è dubitato che la rappresentanza legale sia rappresentanza in senso tecnico<sup>637</sup>, anche se molte norme sono comuni alle due figure<sup>638</sup>.

Nella rappresentanza legale è compresa la rappresentanza necessaria degli incapaci, e la rappresentanza organica degli enti collettivi. Per quest'ultima, si è prospettata una duplice natura: legale quanto al contenuto, derivando dalla legge le prescrizioni sui poteri del rappresentante, ma anche volontaria perché è l'ente collettivo a nominare i rappresentanti ed a fissare il perimetro del loro potere rappresentativo<sup>639</sup>.

Come detto, la differenza della fonte non produce particolarità per quanto attiene all'esplicazione dell'attività del rappresentante e all'imputazione dei suoi effetti al patrimonio del rappresentato. Anche per la rappresentanza legale è necessaria la spendita del nome del rappresentato pur se, in taluni casi, tale requisito è stato stemperato. In presenza di una notorietà del nesso rappresentativo, gli effetti si esplicano automaticamente<sup>640</sup>.

Anche per la rappresentanza legale è necessario che il rappresentante rispetti i limiti del mandato tenendo conto, altresì, delle norme speciali che ribadiscono, tra l'altro, la necessità dell'esclusione del conflitto di interessi (artt. 320, 377 e 378 c.c.).

---

<sup>637</sup> F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p. 275 e segg.

<sup>638</sup> F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 464, n. 1.

<sup>639</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 267.

<sup>640</sup> È il caso, recentemente trattato, di un'associazione professionale ove si è ritenuto che l'avvicinarsi di persone diverse, quali rappresentanti, non comporta la sostituzione nella titolarità dei rapporti facenti capo all'associazione medesima. Ciò perché l'esternazione del potere rappresentativo può avvenire anche senza espressa dichiarazione di spendita del nome del rappresentato, "purché vi sia un comportamento del mandatario che, per univocità e concludenza, sia idoneo a portare a conoscenza dell'altro contraente che egli agisce per un soggetto diverso", così Cass., 13 aprile 2007, n. 8853, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 4.

Anche nell'ipotesi di rappresentanza di un minore si è ritenuto che la necessità della spendita "non può estendersi alla rappresentanza legale: campo nel quale i poteri del rappresentante sono stabiliti direttamente dalla legge (e gli competono come propri in relazione all'ufficio affidatogli), con la conseguenza che sono sufficienti, da un lato, la volontà inequivoca, anche se tacita, di agire come rappresentante dell'incapace e, dall'altro lato, la consapevolezza di trattare con chi ha quella veste", Cass., 18 giugno 1987, n. 5371, in *Riv. Notariato*, 1989, p. 1183.



## 15.4. La procura

Nell'ambito della rappresentanza volontaria la modalità tipica del conferimento dei poteri è la procura. Si tratta di atto unilaterale costitutivo di potere e rivolto a terzi.

Si dibatte sulla natura recettizia della procura.

Per una parte minoritaria della dottrina, è sufficiente che la volontà sia stata manifestata in maniera certa (es. procura notarile) per legittimare l'esercizio del potere del rappresentante, indipendentemente da una specifica comunicazione al rappresentante stesso<sup>641</sup>.

L'opinione prevalente, invece, afferma il carattere recettizio della procura nei confronti del rappresentante, mentre è non ricettizia riguardo ai terzi, in quanto non è rivolta ad un destinatario determinato, ma a tutti coloro che contratteranno con il rappresentante<sup>642</sup>.

Si badi, la questione appena delineata non deve essere sovrapposta alla *vocazione esterna* della procura. Rientra nelle facoltà del terzo che contrae con il rappresentante domandare la giustificazione dei poteri chiedendo l'esibizione della procura. Non è una condizione di efficacia ma un onere per i terzi che non vogliano sentirsi successivamente opporre da parte del soggetto falsamente rappresentato l'eventuale carenza di potere rappresentativo.

Infatti, se il rappresentato dovesse negare di aver mai rilasciato una procura, impedendo così l'effetto di cui all'art. 1397 c.c., sarà onere del terzo offrirne la prova.

Forma della  
procura

L'art. 1392 c.c. sancisce che la procura deve essere conferita con la stessa forma prescritta per il contratto che il rappresentante andrà a concludere (c.d. forma *per relationem*). Quindi, se non è prescritta alcuna forma, la procura può essere tacita ed altresì desunta dal comportamento concludente del rappresentante o da presunzioni<sup>643</sup>.

Per quanto riguarda il contenuto, la procura può essere incentrata su un affare determinato (procura speciale), oppure conferita per una serie indeterminata di affari (procura generale o *ad negotia*). Nella procura generale, si ritiene che non siano compresi gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, se non espressamente indicati.

---

<sup>641</sup> Trattasi della tesi sostenuta da C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. III, Milano, 2000, p. 84.

<sup>642</sup> F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti*, cit., p. 468; A. CHECCHINI, *Procura simulata o procura apparente*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, I, p. 283. In giurisprudenza v. Cass., 3 giugno 2014, n. 14808; Cass., 28 maggio 2007, n. 12488, tutte in *Insexplorer*.

<sup>643</sup> Cass., 16 aprile 2007, n. 9046, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, p. 4.

L'accezione restrittiva prende spunto dall'art. 1708, secondo comma, c.c. in tema di mandato. Da tale disciplina si trae anche il principio che la procura abilita il rappresentante al compimento non solo degli atti per i quali è stata conferita, ma anche di quelli che sono necessari al loro compimento e, quindi, anche degli atti preparatori e strumentali, nonché di quelli ulteriori che, dei primi, costituiscano il necessario complemento. Ciò comporta altresì il dovere di informare tempestivamente il mandante dell'eventuale mancanza o inidoneità dei documenti occorrenti all'esatto espletamento dell'incarico<sup>644</sup>.

Modificazioni  
della procura

Il procuratore può conferire una subprocura solo ove sia stato espressamente autorizzato dal rappresentato. Ciò in ossequio al principio *delegatus delegare non potest* e al carattere della procura come atto stipulato *intuitu personae*. Una subprocura non autorizzata non produce la nullità o l'inefficacia di tale atto, bensì rende responsabile il procuratore nei confronti del rappresentato per l'operato del sostituto<sup>645</sup>.

Le modificazioni e l'estinzione della procura devono essere portate a conoscenza dei terzi con mezzi idonei. Se ciò non avviene, le modifiche non sono opponibili se non si prova che i terzi le conoscevano al momento della conclusione del contratto (art. 1396 c.c.). Qualora il contratto venga concluso e le modificazioni non siano opponibili ai terzi e non si provi che questi ne avessero conoscenza, il contratto è vincolante per il rappresentato. Rimane, tuttavia, ferma la responsabilità del rappresentante nei rapporti interni, qualora non abbia tenuto conto delle nuove indicazioni.

Come per la procura, l'atto di revoca o modifica è da ritenersi recettizio per il rappresentante ma non per i terzi che con lui vengono a contrarre. Si pone, pertanto, la questione della pubblicità: da un lato, è onere del rappresentato porre in essere adeguate forme di pubblicità; dall'altro, è necessario un comportamento diligente da parte del terzo di venire a conoscenza. In breve, il terzo deve diligentemente attivarsi per venire a conoscenza di una eventuale revoca e modifica della procura, sul presupposto che il *dominus* abbia messo il terzo in una posizione che lo metta in grado di conoscere.

Tra i fatti estintivi della procura la norma indica, oltre alla revoca da parte del rappresentato, la morte o la sopravvenuta incapacità dello stesso o del rappresentante e la rinuncia del rappresentante.

---

<sup>644</sup> Così Cass., 25 febbraio 2000, n. 2149, in *Giust. Civ. Mass.*, 2000, p. 478.

<sup>645</sup> Cass., 28 giugno 2010, n. 15412, in *Iusexplorer*.

La revoca rappresenta lo strumento indicativo del carattere fiduciario che informa tale atto<sup>646</sup>, consentendo un collegamento costante alla volontà del rappresentato.

*Il rapporto di gestione alla base della procura.*

Il rilascio della procura presuppone, di norma, l'esistenza di un rapporto di gestione esistente fra le due parti (mandato, agenzia o altro), fonte di diritti e obblighi reciproci tra rappresentante e rappresentato. Esso rimane ben distinto dalla procura che concerne il solo lato esterno del rapporto, mentre il rapporto di gestione delinea i poteri e i doveri delle parti. Vale a dire, se non diversamente previsto dalla procura stessa, questa non fonda un obbligo in capo al rappresentante di contrarre in nome e per conto del *dominus* dell'affare<sup>647</sup>.

Quindi, ad un rapporto interno contrattuale si somma un rapporto esterno costituito tramite una procura (atto unilaterale).

L'affermazione si chiarifica distinguendo tra mandato con e senza rappresentanza.

Nel primo si ha l'obbligo di agire in nome del mandante e gli effetti del negozio si producono tra mandante stesso e terzo contraente secondo tutti i connotati tipici della rappresentanza. Il mandato senza rappresentanza, invece, realizza un agire per conto del mandante, ma senza spendita del suo nome e, pertanto, gli effetti del negozio si producono tra mandatario e terzo contraente (art. 1707)<sup>648</sup>. Occorre

---

<sup>646</sup> G. STELLA, *La rappresentanza*, cit., p. 830.

<sup>647</sup> Dottrina minoritaria nega la natura di negozio unilaterale della procura e ritiene che il rappresentante sarebbe obbligato a gestire l'affare perché la stessa procura si configurerebbe come un contratto. In questo senso cfr. S. PUGLIATTI, *Studi sulla rappresentanza*, cit., p. 170.

<sup>648</sup> Cass., 28 giugno 2010, n. 15412, in *Foro it.*, 2011, 1, I, c. 155 chiarisce bene la distinzione: "Una sentenza del 2010 illustra bene la distinzione: "La procura – com'è noto - è il negozio con il quale un soggetto conferisce ad un altro il potere di rappresentarlo nel compimento di un atto giuridico; essa consiste in un negozio unilaterale, per la cui efficacia non occorre l'accettazione del procuratore e riguarda per così dire solo il lato esterno del rapporto tra chi conferisce la procura ed il rappresentante, nel senso che serve a rendere noto ai terzi chi sia il rappresentante dell'atto che dovrà essere compiuto a nome del rappresentato. Deve distinguersi tale rapporto, da quello interno che intercorre tra rappresentante e rappresentato (cd. rapporto di gestione), rapporto che può derivare, tra l'altro, da un mandato. Il mandato in specie è un contratto che regola i rapporti tra il mandante e il mandatario e disciplina i loro obblighi specifici; il quale mandato può essere accompagnato o meno da una procura e può essere quindi con o senza rappresentanza (artt. 1704, 1705 c.c.), ma la

un ulteriore negozio per poter fare conseguire effetti a favore del mandante. Il principio non trova applicazione per i beni mobili in quanto l'art. 1706 consente al mandante di rivendicare verso il mandatario e i terzi in mala fede i beni acquistati e non ritrasferiti.

### **Giurisprudenza**

“Ai fini del conferimento della rappresentanza a vendere beni immobili è necessario che il rappresentato faccia pervenire volontariamente la procura alla persona nominata rappresentante, trattandosi di atto unilaterale recettizio, perché, ove il rappresentato abbia rilasciato la procura ma l'abbia trattenuta presso di sé o presso un fiduciario, non può ritenersi che sia stato conferito il relativo potere. Infatti, l'atto di attribuzione di detto potere di rappresentanza ad un terzo, allorché sia soggetto alle prescrizioni di forma in relazione al negozio da compiere, non può assumere efficacia in conseguenza della mera conoscenza dell'esistenza dell'atto stesso da parte del soggetto investito del potere, perché la sola predisposizione dell'atto medesimo non costituisce di per sé manifestazione della volontà di conferire il suddetto potere, ben potendo avvenire in una fase preparatoria in cui la volontà del rappresentato non si sia ancora definitivamente formata. Da ciò consegue che è soltanto con la volontaria consegna (da ricondursi, perciò, ad un comportamento consapevole) dell'atto in questione che il "dominus" manifesta l'intenzione di farsi effettivamente rappresentare, rendendone edotto il rappresentante” (Cass., 28 maggio 2007, n. 12488, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 5).

### **15.5. Capacità e vizi della volontà**

La disciplina generale sui vizi della volontà subisce modifiche per effetto dei risultati prodotti tramite l'esercizio del potere di rappresentanza.

Il rappresentato deve avere la capacità d'agire sia per conferire la procura sia, soprattutto, per poter beneficiare degli effetti prodotti dall'attività del rappresentante (1389 c.c.).

---

procura può essere rilasciata anche attraverso un negozio diverso dal mandato (rapporto di lavoro, ecc.).”

Il rappresentante, invece, non deve avere la capacità d'agire perché gli effetti del suo operato non si producono sul suo patrimonio; è sufficiente per lui la sola capacità di intendere e di volere, sempre e comunque in relazione alla natura e al contenuto dell'atto da compiere. In tal caso, l'incapacità naturale del rappresentante determinerà l'annullamento del contratto ma il grave pregiudizio richiesto dall'art. 428 c.c. dovrà essere valutato nella sfera giuridica del rappresentato<sup>649</sup>.

Nel secondo comma dell'art. 1389 si precisa che “in ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato”. Ciò al fine di evitare “la facile elusione di divieti legali”<sup>650</sup> come, ad esempio, gli articoli 323 e 378, sugli acquisti del genitore e del tutore; l'art. 779 c.c. sulla donazione al tutore; l'art. 1261 sui divieti di cessione a determinati soggetti; l'art. 1471 sui divieti speciali di comprare<sup>651</sup>.

L'art. 1390 dispone che “Il contratto è annullabile se è viziata la volontà del rappresentante. Quando però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo”. La ragione è chiara. Il rappresentante agisce in virtù dei poteri conferiti ma manifesta una propria volontà. Se si dovrà accertare la presenza di un vizio è la sua volontà che si dovrà analizzare perché è questa che ha concorso a determinare il contenuto dell'atto di autonomia privata. Con una sola eccezione. Quando il rappresentato abbia predeterminato gli elementi oggetto del vizio.

Analogamente per quanto attiene la rilevanza “dello stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi prederminati dal rappresentato” (art. 1391, 1° comma). Comunque “in nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato di ignoranza o di buona fede del rappresentante” (art. 1391, 2° comma).

---

<sup>649</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1061.

<sup>650</sup> V. in tal senso G. STELLA, *op. cit.*, p. 845.

<sup>651</sup> V. ancora G. STELLA, *op. cit.*, p. 846.

## 15.6. *Falsus procurator*

Se un soggetto agisce come rappresentante altrui senza averne i poteri oppure eccede i limiti dei poteri conferiti, si ha la figura del *falsus procurator*.

Il negozio concluso non è invalido ma inefficace perché manca il potere di compiere l'atto<sup>652</sup>.

La tesi, tuttavia, non è del tutto pacifica. In passato vi è stato chi in dottrina ha sostenuto sia la tesi dell'annullabilità<sup>653</sup> sia quella della nullità<sup>654</sup>, muovendo dall'argomento che l'art. 1399 c.c., come si vedrà a breve, tutela l'affidamento di chi confidi sulla *validità* del contratto.

La giurisprudenza prevalente interpreta tale richiamo in senso atecnico e segue la tesi oggi maggioritaria in dottrina, sostenendo che il contratto concluso dal *falsus procurator* non vincoli lo pseudo-rappresentato. Più precisamente, si tratterebbe di una inefficacia temporanea che dura fino all'eventuale ratifica<sup>655</sup>.

Secondo una visione più articolata, che comunque esclude la tesi dell'invalidità, il negozio è "semplicemente in itinere o in stato di pendenza, ovvero un negozio a formazione successiva soggettivamente complesso"<sup>656</sup>.

Lo pseudo rappresentato, infatti, può dare esecuzione al contratto con una successiva dichiarazione avente la stessa forma richiesta per la procura. La ratifica relativa al contratto per il quale non sia richiesta la forma scritta *ad substantiam* o *ad probationem*, può essere anche tacita e consistere, perciò, in qualsiasi atto o comportamento da cui risulti in maniera chiara ed univoca la volontà del *dominus* di far proprio il negozio concluso in suo nome e conto dal *falsus procurator*.

---

<sup>652</sup> Cass., 7 febbraio 2008, n. 2860, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 2. È stato e precisato che, qualora sia stata avanzata domanda di nullità, la *causa petendi* di tale richiesta vada individuata non tanto nelle ragioni giuridiche dedotte dall'attore o eccipiente, quanto nei fatti costitutivi o impeditivi posti a base della domanda o eccezione. La corretta qualificazione compete sempre al giudice; sicché, quando tali fatti, ancorché diversamente qualificati, restino immutati ed il *decisum* coincida, almeno in parte, con il *petitum*, risulta osservato il suddetto principio processuale in base al quale, pur a fronte di una domanda diretta alla dichiarazione di nullità, il giudice può dichiararne la semplice inefficacia, posto che l'inefficacia costituisce, all'evidenza, un *minus* rispetto alla nullità. Il negozio nullo non potendo produrre alcun effetto giuridico, è anche inefficace.

<sup>653</sup> E. MINERVINI, *Eccesso di procura del rappresentante e responsabilità del dominus*, in *Foro it.*, 1947, I, c. 380

<sup>654</sup> È la tesi di E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da Vassalli, Torino, 1960, p. 599.

<sup>655</sup> Cass., 24 ottobre 2013, n. 24133 e Cass., 17 giugno 2010, n. 14618, tutte in *Iusexplorer*.

<sup>656</sup> Cass., 13 marzo 2015, n. 5105, in *Iusexplorer*.

La ratifica è atto unilaterale ricettizio con effetti retroattivi (art. 1399 c.c.). Sono, peraltro, salvi i diritti dei terzi, tra i quali, gli aventi causa dal *dominus* dopo il contratto e prima della ratifica, nonché i creditori che abbiano compiuto atti di esecuzione su beni dello stesso nel periodo in questione<sup>657</sup>.

Deve essere perfezionata nella stessa forma prevista per il contratto da ratificare. Ove non ricorrano le suddette esigenze di forma, può essere anche tacita e, quindi, risultare da un comportamento concludente del falso rappresentato che approvi l'operato del *falsus procurator*. Il terzo contraente può rivolgere invito all'interessato affinché si pronunzi sulla ratifica assegnandogli un termine "scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica si intende negata" (art. 1399, quarto comma, c.c.).

Nel giugno 2015 le Sezioni Unite della Cassazione si sono pronunciate in ordine alla possibilità per il Giudice di rilevare d'ufficio il difetto di rappresentanza<sup>658</sup>. La questione è solo apparentemente processuale.

Secondo quella che era l'opinione tradizionale, la rilevabilità d'ufficio delle eccezioni era confinata alle ipotesi espressamente previste dalla legge mentre la regola generale era nel senso della proponibilità su istanza di parte dell'eccezione.

Lungo questa bisettrice si collocava anche l'eccezione di inefficacia del contratto concluso dal *falsus procurator*.

Di recente, la regola è mutata: il regime ordinario è quello della rilevabilità officiosa, salvo le ipotesi previste dalla legge oppure dove si faccia questione di azioni costitutive<sup>659</sup>.

Confermando questo nuovo corso, le Sezioni unite hanno sancito la rilevabilità d'ufficio del difetto di rappresentanza. In estrema sintesi, secondo il Supremo consesso, la presenza del potere rappresentativo si pone come fatto costitutivo rilevante e la sua contestazione non comporta l'introduzione di un fatto impeditivo da far valere in via di eccezione; piuttosto, si tratta di una mera difesa volta a negare uno dei presupposti della domanda dell'attore. Ne consegue che, qualificando il difetto di rappresentanza come una mera difesa e non una eccezione, non sono applicabili le preclusioni di cui agli articoli 167 c.p.c. e 345 c.p.c. Qualora risulti dagli atti, potrà essere rilevato d'ufficio e spetterà

---

<sup>657</sup> F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, cit, p. 472.

<sup>658</sup> Cass., sez. un., 3 giugno 2015, n. 11377, in *I contratti*, 2015, p. 645, con nota di S. PAGLIANTINI.

<sup>659</sup> Così S. PAGLIANTINI, *L'eccezione di inefficacia ex art. 1398 c.c. nella fattispecie complessa della falsa rappresentanza*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, p. 1429, il quale giustifica l'affermazione muovendo da due significative pronunce della Cassazione, Cass., sez. un., 3 febbraio 1998, n. 1099, in *Corr. giur.*, 1999, p. 1999, con nota di Negri; Cass., sez. un., 7 maggio 2013, n. 10531, in *Foro it.*, 2013, 12, I, c. 3500 con nota di Oriani.

alle parti articolare le loro difese anche su questo aspetto (artt. 101 e 183 c.p.c.).

La pronuncia, al di là degli aspetti processuali, merita menzione per due aspetti di diritto sostanziale.

In prima battuta, si prende implicitamente posizione sulla natura del contratto stipulato tra il *falsus procurator* ed il terzo, sostenendo la tesi della inefficacia. Infatti, ipotizzando la nullità, sarebbe stato sufficiente richiamare l'art. 1421 c.c. che prevede espressamente la rilevabilità d'ufficio. La tesi della nullità, a ben vedere, non tiene. Postulando la nullità, sia il terzo contraente sia il *falsus procurator* potrebbero recedere unilateralmente senza dover attendere la mancata ratifica dello pseudo-rappresentato. Al contrario, l'art. 1399, III co., sancisce che il contratto può essere sciolto solo di comune accordo tra il rappresentato ed il rappresentante. In tal senso, parte della dottrina discorre di *inefficacia asimmetrica*<sup>660</sup>: mentre il falsamente rappresentato non è vincolato, il terzo lo è e deve attendere una eventuale ratifica, senza poter recedere. Proprio per questo motivo, l'art. 1399, IV co., c.c. gli riconosce la facoltà di invitare il falso rappresentato a pronunciarsi sugli effetti del contratto entro un determinato termine, decorso il quale la ratifica si intende negata.

Da qui, il secondo elemento di rilevanza della pronuncia.

Ricostruendo l'eccezione in stretto, la mancata proposizione poteva essere considerata nei termini di una ratifica tacita. In realtà, tale comportamento non necessariamente integra una forma di ratifica tacita ma potrebbe essere eventualmente anche il risultato o di una precisa strategia processuale oppure di un errore da parte del legale<sup>661</sup>.

A ciò si aggiunga che l'equiparazione della mancata proposizione dell'eccezione ad una ratifica tacita, senza ulteriori accertamenti, avrebbe potuto creare il risultato di creare per sentenza un contratto non voluto<sup>662</sup>.

Il *revirement* delle Sezioni unite, invece, evita questo rischio creando un apparato rimediale per tutte le parti del processo, soprattutto per il terzo.

Lo pseudo-rappresentato potrebbe avere interesse nel ritardare la ratifica e valutare come nel tempo evolvano le sue condizioni economiche e quelle dei mercati, con evidente pregiudizio per il terzo (stante l'*inefficacia asimmetrica* prima ricordata).

---

<sup>660</sup> S. PAGLIANTINI, *L'eccezione di inefficacia ex art. 1398 c.c. nella fattispecie complessa della falsa rappresentanza*, cit., p. 1434.

<sup>661</sup> G. DE NOVA, *La rappresentanza*

<sup>662</sup> Così rilevato da S. PAGLIANTINI, *L'eccezione di inefficacia ex art. 1398 c.c. nella fattispecie complessa della falsa rappresentanza*, cit., p. 1435



Con la rilevabilità d'ufficio, invece, si introduce una regola d'azione più efficiente dell'actio interrogatoria (1399, IV co.), facendo desistere lo pseudo-rappresentato da una strategia attendista ispirata a finalità speculative<sup>663</sup>: provocando il contraddittorio (101, II co., e 184, IV co., c.p.c.), il falso rappresentato decide sempre sull'esito del contratto (ratifica o non ratifica) ma, allo stesso tempo, si argina il rischio di un attendismo che potrebbe essere nocivo per il terzo contraente, evitando al contempo di dare corso tramite sentenza ad un contratto non voluto.

Un nodo rimane ancora irrisolto ed è quello della responsabilità del *falsus procurator* nei confronti del terzo contraente incolpevole.

Questa, espressamente introdotta dall'art. 1398 c.c., ha natura pre-contrattuale ed il suo fondamento non risiede nel negozio inefficace ma nel comportamento contrario ai più generali doveri di correttezza e buona fede, connessi al divieto di *neminem laedere*<sup>664</sup>.

Se il terzo non ha usato l'ordinaria diligenza nel verificare la fonte dei poteri del rappresentante non ha diritto al risarcimento del danno.

Secondo la giurisprudenza, i principi dell'apparenza del diritto e dell'affidamento incolpevole possono essere invocati non solo quando vi sia la buona fede del terzo che ha stipulato con il falso rappresentante ma ricorra anche un comportamento colposo del rappresentato, tale da ingenerare nel terzo la ragionevole convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito al rappresentante apparente<sup>665</sup>.

Il terzo dovrà quindi provare: a) la ricorrenza di dati obiettivi che giustificano l'erroneo convincimento; b) l'erronea opinione non determinata da un suo atteggiamento contrario alla normale diligenza; c) un comportamento colposo del rappresentato tale da ingenerare la convinzione che il potere di rappresentanza sia stato effettivamente e validamente conferito<sup>666</sup>.

Sotto il profilo del *quantum* del danno risarcibile, trattandosi di responsabilità precontrattuale, è risarcito il c.d. interesse negativo. Al di là del *nomen iuris* si tratta di capire in cosa consista il danno emergente e, soprattutto, il lucro cessante.

---

<sup>663</sup> Così, S. PAGLIANTINI, *La riconcettualizzazione processuale del contratto: le Sezioni unite sulla rappresentanza senza potere nel dualismo fra tutela obbligatoria e reale dell'affidamento*, in *I contratti*, 2015, p. 651.

<sup>664</sup> Cass., 28 agosto 2007, n. 18191, in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 7-8.

<sup>665</sup> Cass., 8 maggio 2015, n. 9328; Cass., 27 gennaio 2015, n. 1451; Cass., 6 dicembre 2013, n. 27409; Cass., 9 marzo 2012, n. 3787; Cass., 8 febbraio 2007, n. 2725, tutte in *Iusexplorer*.

<sup>666</sup> Cass., 8 maggio 2015, n. 9328, cit.

In via preliminare, due sono le forme di interesse negativo previste dal Codice civile: quella dell'art. 1337 c.c. legata alle perdite evitabili; quella dell'art. 1338 c.c., legata all'affidamento incolpevole riposto sull'efficacia del contratto<sup>667</sup>.

L'art. 1398 c.c., utilizzando una dizione simile a quella dell'art. 1338 c.c., sembra richiamarsi all'interesse negativo nella sua seconda accezione.

Secondo la giurisprudenza, quindi, il danno emergente consiste nelle spese e nelle perdite strettamente dipendenti dalle trattative; il lucro cessante, invece, nel vantaggio conseguibile dal contraente in buona fede per il tramite di altre contrattazioni, senza estendersi a quanto ricavabile dall'adempimento del contratto<sup>668</sup>.

In materia commerciale il rischio di operare con un soggetto che cura gli interessi di altra persona senza aver avuto il conferimento dei relativi poteri e, quindi, il rischio della non riferibilità degli effetti del contratto al rappresentato, viene attenuato dalla legge (v. art. 1400 c.c. che introduce "speciali forme di rappresentanza")<sup>669</sup>.

### ***Giurisprudenza***

Cass., sez. un., 3 giugno 2015, n. 11377

! Poiché la sussistenza del potere rappresentativo in capo a chi ha speso il nome altrui è elemento costitutivo della pretesa che il terzo contraente intenda far valere in giudizio sulla base di detto negozio, non costituisce eccezione, e pertanto non ricade nelle preclusioni previste dagli artt. 167 e 345 c.p.c., la deduzione della inefficacia per lo pseudo rappresentato del contratto concluso dal falsus procurator; ne consegue che, ove il difetto di rappresentanza risulti dagli atti, di esso il giudice deve tener conto anche in mancanza di specifica richiesta della parte interessata, alla quale, a maggior ragione, non è preclusa la possibilità di far valere la mancanza del potere rappresentativo come mera difesa."

---

<sup>667</sup> Così S. PAGLIANTINI, *La riconcettualizzazione processuale del contratto: le Sezioni unite sulla rappresentanza senza potere nel dualismo fra tutela obbligatoria e reale dell'affidamento*, cit., p. 654 che richiama anche il pensiero di G. D'AMICO, *Nullità e risoluzione per inadempimento: restituzioni e risarcimento del danno*, in *Nuove leggi civili commentate*, 2014, II p. 769.

<sup>668</sup> Cass., 29 settembre 2000, n. 12969; Cass., 29 marzo 1995, n. 3691; Cass., 29 agosto 1995, n. 9061; Cass., 20 novembre 1987, n. 8575; Cass., 28 aprile 1986, n. 2945; Cass., 5 febbraio 1980, n. 837, Cass., 7 maggio 1977, n. 1756, tutte in *Iusexplorer*.

<sup>669</sup> A. CHIANALE, *La rappresentanza*, in *Trattato dei contratti* a cura di P. Rescigno e G. Gabrielli, 2006, p. 1274.

## 16. Cessione del contratto.

### 16.1. Nozione e natura giuridica

La disciplina della cessione del contratto costituisce una novità nel Codice civile del 1942. Infatti, nelle codificazioni straniere, le figure disciplinate erano ipotesi di cessione del mero credito alla prestazione tipica<sup>670</sup>.

Il nostro codice civile, invece, disciplina la cessione del contratto agli articoli 1406-1410. Essa consiste in un accordo con il quale un parte (cedente), titolare di un rapporto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite, trasferisce la sua posizione ad un terzo (cessionario), col consenso del contraente ceduto. Si realizza, dunque, una successione a titolo particolare nel contratto<sup>671</sup>.

Oggetto della cessione è l'intera posizione contrattuale facente capo al soggetto cedente<sup>672</sup>: il cessionario subentra nell'integrale posizione contrattuale del cedente con la possibilità di esercitare i connessi rimedi verso il ceduto.

Trattasi, quindi, di una vicenda negoziale, unitaria ed autonoma, cui prendono parte tre soggetti.

La giustificazione della trilateralità è presto data. L'applicabilità dell'istituto è circoscritta ai soli contratti sinallagmatici, vale a dire a quei contratti le cui prestazioni sono legate tra loro da un nesso di interdipendenza. Cedendo la complessa posizione di contraente, nella quale si cumulano non solo l'aspetto debitorio ma soprattutto quello creditorio, non si potrà prescindere dal consenso del ceduto che potrebbe veder pregiudicato il suo diritto all'adempimento. A tal fine, si ammette anche una cessione senza la liberazione del cessionario.

Appare, quindi, ormai superata, l'idea dottrinale di una scomposizione della figura nel collegamento tra cessioni del credito ed accollo di debiti originate dal contratto<sup>673</sup>.

Come detto, la prevalente giurisprudenza e parte della dottrina individuano nella cessione un negozio trilaterale ove il consenso del

---

<sup>670</sup> Per approfondimenti cfr. M. ANDREOLI, *La cessione del contratto*, Padova, 1951.

<sup>671</sup> G. DE NOVA, *La cessione del contratto*, in R. Sacco - G. De Nova, *Il contratto*, in *Tratt. dir. civ.*, 10, II, 1995, p. 740 ss.

<sup>672</sup> Si è efficacemente rilevato come la cessione del contratto possa essere considerata quale atto (ovvero, il contratto con il quale il cedente trasferisce la propria posizione contrattuale al cessionario) o effetto, ovvero il trasferimento in sé (così, V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 588).

<sup>673</sup> A. CICALA, *Cessione del contratto*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, p. 878 ss. In tema v. altresì G. BRIGANTI, *Cessione del contratto*, *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, VI, 1988, p. 4 ss.

contraente ceduto non configura né una mera adesione, né un requisito di efficacia del contratto, ma un elemento perfezionativo del negozio<sup>674</sup>.

Gli effetti Quanto agli effetti, la successione a titolo particolare ed il subentro del cessionario nel contratto si concretizza nel momento in cui il contraente ceduto presta il consenso. Può anche accadere che il contraente ceduto abbia manifestato preventivamente il consenso alla cessione, mediante apposita clausola inserita nel contratto. In tal caso, come avviene per la cessione del credito, gli effetti si perfezioneranno al momento della notifica o della accettazione.

Si ripropongono anche in questo ambito (art. 1407 comma 1 c.c.) le incertezze circa la natura giuridica della notifica o della accettazione da parte del ceduto.

La giurisprudenza sul punto è discorde, avendo qualificato tali elementi ora come necessari per la perfezione del contratto di cessione<sup>675</sup>, ora come funzionali alla sola efficacia nei confronti del ceduto, ma non idonei ad incidere sulla validità della cessione medesima e sugli effetti *inter partes*<sup>676</sup>.

---

<sup>674</sup> Un diverso orientamento dottrinario ricostruisce la fattispecie de qua in termini di contratto bilaterale: parti del contratto sono il cedente ed il cessionario. Il consenso del contraente ceduto non assume valore perfezionativo, ma, in applicazione del principio sancito in tema di acollo all'art. 1273 comma 2 c.c., ha il solo effetto di liberare il cedente dai debiti sorti dal contratto. Le proposte ricostruttive volte ad inquadrare la partecipazione del ceduto sono diversificate: da taluno si ricorre alla figura dell'autorizzazione (C.M. BIANCA, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 723); altri vi individuano un negozio unilaterale autonomo (A. ZACCARIA, *Cessione del contratto e garanzia della sua validità*, in *Riv. dir. civ.*, 1985, I, p. 259).

Per una ricostruzione delle opinioni sul punto v. A. FUSARO, *Contratto e terzi*, in *Tratt. del Contratto*, (dir.) V. Roppo, III, cit., p. 217 ss. Sul punto v. anche A. ALBANESE, *Cessione del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2008, p. 198.

<sup>675</sup> “La cessione del contratto, anche quando sia stata autorizzata preventivamente da una parte, non si perfeziona nei suoi confronti fino a quando la cessione stessa non le sia stata notificata oppure non l'abbia accettata (in modo espresso od anche con comportamento tacito concludente), atteso che la cessione suddetta costituisce un negozio trilatero che richiede il consenso di tutte le parti interessate, e quindi anche del contraente ceduto per il quale, in particolare, è essenziale conoscere il momento di efficacia della sostituzione ai fini della liberazione del contraente cedente”, Cass., 25 agosto 1986, n. 5159, in *Rep. Foro it.*, 1986, voce *Contratto in genere*, n. 307.

<sup>676</sup> “Con riguardo alla cessione del contratto, che assume la figura di negozio giuridico plurilaterale con il necessario intervento di tre soggetti (il cedente, il ceduto, il cessionario), il consenso preventivamente manifestato dal ceduto non è privo di rilevanza giacché in tale ipotesi, la mancata notifica al ceduto del contratto intervenuto tra cedente e cessionario rende questo inefficace soltanto nei confronti del ceduto, almeno fino a quando la notifica non gli venga effettuata, ma non comporta la nullità, né l'inefficacia di patti intervenuti tra cedente e cessionari”, Cass., 9 agosto 1990, n. 8098, in *Rep. Foro it.*, 1990, *Contratto in genere* [1740], n. 328.

Una volta manifestato il consenso del ceduto o notificatagli la cessione (nel caso di consenso preventivo), il cessionario subentra nella stessa posizione contrattuale del cedente. È stato correttamente sottolineato che questa posizione è più ampia rispetto ai meri diritti ed obblighi nascenti dal semplice regolamento perché ricomprende anche tutti i rimedi, le tutele e le azioni, anche processuali, per conseguire il corretto adempimento degli obblighi nascenti dal contratto<sup>677</sup>.

Da osservare che, nei contratti tra consumatore e professionista, la clausola o l'accordo con cui si pattuisce la cessione del contratto ha natura vessatoria. Trattasi cioè di una clausola che rientra nella c.d. lista grigia e la cui vessatorietà è presunta, salvo non si dimostri che sia stata oggetto di specifica trattativa e sempre che “risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo” (art. 33, II co., lett. s), cod. cons.).

### ***Giurisprudenza***

“Osserva questa Corte che secondo la dottrina prevalente, la cessione del contratto va configurata non come contratto bilaterale con efficacia subordinata al consenso del terzo, bensì come contratto plurilaterale, precisamente con tre parti. Di conseguenza momento formativo dell'accordo dovrà essere ritenuto quello in cui il contraente (o i contraenti, nel caso di proposta comune tra cedente e cessionario) ha notizia dell'accettazione dell'ultimo dei due destinatari. Il consenso del contraente ceduto, indispensabile alla cessione del contratto, può essere anche tacito, oltre che espresso, al pari del consenso degli altri due contraenti la cessione, salvo che per il contratto ceduto sia necessaria una forma particolare, nel qual caso la stessa deve essere adottata da tutte le parti (e quindi anche dal ceduto) anche per la cessione del contratto. Detto consenso del ceduto può intervenire anche successivamente all'accordo tra cedente e cessionario, purché nel momento di tale adesione non sia venuto meno l'accordo originario, al quale esso deve aggiungersi per perfezionare la cessione del contratto. Anche questo consenso successivo può essere manifestato in forma tacita. L'accertamento dell'esistenza di questo consenso in forma tacita, costituendo un accertamento fattuale, rientra nei compiti del giudice di merito ed è incensurabile in sede di Cassazione se immune da vizi motivazionali” (Cass., 15 marzo 2004, n. 5244, in *Nuova giur. civ.*, 2005, I, 183, con nota di De Casamassimi).

<sup>677</sup> Così Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 1046.

## 16.2. Causa, forma, oggetto

La cessione del contratto non è una fattispecie contrattuale tipica dotata di una propria causa, ma delinea lo schema generale per i contratti aventi ad oggetto il trasferimento di un rapporto contrattuale: ha dunque rilievo centrale la dimensione della prestazione tipica che caratterizza la cessione (il trasferimento della posizione contrattuale), piuttosto che la relativa causa. In via esemplificativa, è chiaro come la cessione del contratto sarà assimilabile ad una vendita ove sia previsto un corrispettivo in denaro, o ancora ad una permuta, o ad una donazione. Appare dunque improprio sia ritenere che la cessione presenti una causa propria e tipica<sup>678</sup>, sia riferirsi ad una causa variabile o generica, come talvolta si è espressa anche la giurisprudenza<sup>679</sup>.

Secondo le Sezioni unite, per la cessione del contratto, come per altri istituti (quali la prestazione di garanzia per debito altrui, la modificazione del lato passivo del rapporto obbligatorio, l'adempimento del terzo, la cessione del credito, la rinuncia a un diritto), è difficile individuare una causa oggettiva nel senso tradizionale, non essendoci una stretta correlazione tra la funzione pratica del contratto e la causa economico-giuridica; piuttosto, secondo una impostazione differente non legata a modelli astratti, bisogna guardare al singolo negozio posto in essere ed all'affare nel suo complesso, onde valutare la meritevolezza dell'operazione<sup>680</sup>. Pertanto, anche nella cessione del contratto, la causa consiste nello scopo pratico del negozio, nella sintesi degli interessi che questo è destinato a realizzare, a prescindere dal modello astratto utilizzato<sup>681</sup>.

La disciplina codicistica non prescrive espressamente alcun obbligo formale per il negozio di cessione, a dispetto dell'impropria rubrica dell'art. 1407.

La giurisprudenza di legittimità si è più volte espressa nel senso di vincolare la forma del contratto di cessione a quella eventualmente prescritta per la validità del contratto ceduto, in applicazione di un principio di simmetria formale.

---

<sup>678</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, t. 2, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1972, p. 26

<sup>679</sup> R. CICALA, *Cessione del contratto*, cit., p. 145; E. BRIGANTI, *Cessione del contratto*, cit., p. 6.

<sup>680</sup> Cass., sez. un., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, I, c. 2460.

<sup>681</sup> Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, p. 1985.

Ai sensi dell'art. 1406 c.c., oggetto della cessione del contratto sono i contratti a prestazioni corrispettive<sup>682</sup>. Si esclude, pertanto, la cedibilità dei contratti unilaterali, osservando che la cessione di tali tipi di accordi implicherebbe una cessione del credito o un accollo e snaturerebbe, pertanto, l'interdipendenza<sup>683</sup>.

La dottrina più recente, invece, disattende tali argomentazioni, affermando che non sussistono ostacoli concettuali all'estensione anche ai contratti unilaterali, notando che nella cessione del contratto non si trasferisce solo il diritto alla prestazione ma anche ulteriori facoltà, azioni e poteri<sup>684</sup>.

La medesima norma subordina la cessione alla condizione che le prestazioni dedotte nel contratto non siano ancora state eseguite.

Anche su questo aspetto, gli orientamenti in dottrina e giurisprudenza non sono però univoci.

Secondo una interpretazione più rigorosa<sup>685</sup>, è esclusa la cessione per quei contratti le cui prestazioni siano state eseguite anche da una sola parte, quali, in via esemplificativa, i contratti traslativi.

Si è, tuttavia, osservato che è ammessa pacificamente la cessione di contratti ad esecuzione periodica o continuata<sup>686</sup>. La tesi tradizionale è stata così corretta nel senso di vietare l'incapacità dei soli contratti che siano stati integralmente eseguiti. Infatti, se il contratto fosse stato interamente eseguito, la cessione mancherebbe di senso pratico.

Muovendo da questa apertura, la più recente giurisprudenza e la dottrina preferibile<sup>687</sup> si sono espresse nel senso della cedibilità dei contratti a prestazioni corrispettive anche se una delle prestazioni sia stata eseguita, con specifico riguardo ai contratti con effetti reali. Tuttavia, poiché nel nostro ordinamento il trasferimento della proprietà avviene per effetto del semplice consenso legittimamente

---

<sup>682</sup> Quanto ai contratti *intuitu personae* si ritiene ammissibile la relativa cedibilità proprio perché è richiesto il consenso del contraente ceduto (al riguardo, v. G. DE NOVA, *La cessione del contratto*, cit., p. 749).

<sup>683</sup> E. COLAGROSSO, *Teoria generale delle obbligazioni e dei contratti*, Roma, 1948, p. 316; A. GIOVENE, *Della cessione del contratto*, in *Comm. D'Amelio-Finzi*, Firenze, 1948, p. 587; F. CARRESI, voce *Cessione del contratto*, in *Noviss. Dig.*, Torino, 1960, p. 45.

<sup>684</sup> MIRABELLI, *Dei contratti in generale*, Torino, 1961, p. 421; R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, in *Comm. Cod. civ.*, (dir.) P. Schlesinger, 1991, p. 24 ss.; V. CARBONE, *Struttura e funzione del contratto di cessione*, in *Il contratto in generale*, t. 6, Torino, 2000, p. 295; A. ALBANESE, *Cessione del contratto*, cit., p. 184.

<sup>685</sup> F. CARRESI, voce *Cessione del contratto*, cit., p. 147, p. 47 ss.

<sup>686</sup> R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit., p. 24 e la bibliografia ivi citata.

<sup>687</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 591; R. CLARIZIA, *La cessione del contratto*, cit., p. 21 ss.; C. ANELLI, *Cessione del contratto*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, vol. II, p. 276. Per una analisi delle diverse posizioni, V. CARBONE, *Struttura e funzione del contratto di cessione*, cit., p. 285. V. inoltre I. RIVA, *Cessione del contratto ed effetti reali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, I, p. 635.

manifestato, ci si è chiesti se l'effetto traslativo in favore del cessionario discenda dalla cessione stessa o richieda un ulteriore atto di ritrasferimento. Vale a dire, per i contratti traslativi si tratta di cogliere se il dante causa del cessionario sia il cedente o il ceduto.

Accedendo alla tesi della natura unitaria dell'accordo, il titolo traslativo sembra essere lo stesso contratto di cessione, identificando il dante causa nel cedente, nei confronti del quale sarà trascritto l'atto; diversamente, per tutte le altre azioni ed eccezioni contrattuali, la controparte del cessionario resta il ceduto-alienante originario<sup>688</sup>.

### **Giurisprudenza**

Quanto alla forma: "Poiché la cessione del contratto realizza una modificazione soggettiva del rapporto, debbono essere osservate per il negozio di cessione le stesse forme prescritte per il contratto che si trasferisce; pertanto, se tale contratto è un preliminare di vendita immobiliare, affinché il cessionario possa acquistare i relativi diritti, il consenso del contraente ceduto deve risultare da atto scritto" (Cass., 1 agosto 2001, n. 10498, in *Rep. Foro it.*, 2001, *Contratto in genere* [1740], n. 364).

Quanto all'oggetto: "Caratteristica della cessione del contratto è l'aver ad oggetto la trasmissione di quel complesso unitario di situazioni giuridiche attive e passive che derivano per ciascuna delle parti dalla conclusione del contratto, quindi non soltanto debiti e crediti ma anche obblighi strumentali, diritti potestativi, azioni, aspettative ricollegati dalla volontà delle parti, dalla legge o dagli usi al perfezionamento della fattispecie negoziale; pertanto, l'ambito di applicazione dell'istituto non è circoscritto all'ipotesi di contratti a prestazioni corrispettive non ancora compiutamente eseguite ma si estende anche ai contratti unilaterali e ai contratti a effetti reali; con riferimento a questi ultimi, la cessione è subordinata al consenso del contraente ceduto anche quando abbia ad oggetto la posizione contrattuale del venditore e questi abbia già eseguito la propria prestazione, posto che l'adempimento lascia persistere obblighi, la cui permanenza rende la sostituzione di tale soggetto non irrilevante per la tutela degli interessi del compratore" (Cass., sez. I, 2 giugno 2000, n. 7319, in *Contratti*, 2000, 977, con nota di Besozzi).

---

<sup>688</sup> Così M. PALADINI, sub *art. 1406 c.c.*, in E. Navarretta – A. Orestano (cur.), *Dei contratti in generale, Commentario al Codice civile diretto da E. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 264 cui si rinvia per ulteriori approfondimenti.



### 16.3. Le parti del contratto

Come detto, tramite la cessione del contratto, un soggetto (cessionario) subentra ad un altro soggetto (cedente) nei diritti ed obblighi nascenti da un contratto sinallagmatico stipulato da quest'ultimo, previo consenso dell'altro contraente (ceduto).

Tale effetto impone di analizzare i rapporti tra le tre parti, soprattutto sotto il profilo delle garanzie e delle responsabilità, effetti naturali dal contratto disciplinati da norme dispositive che le parti possono derogare<sup>689</sup>.

#### *Rapporti tra contraente ceduto e cedente*

Ai sensi dell'art. 1408 c.c., il cedente è liberato dalle obbligazioni verso il contraente ceduto dal momento in cui la cessione diventa efficace nei confronti di quest'ultimo (cessione liberatoria), salvo che il contraente ceduto dichiarerà espressamente di non liberare il cedente (cessione non liberatoria).

In questa seconda ipotesi, si introduce una forma di responsabilità sussidiaria e il ceduto potrà agire nei confronti del cedente in caso di inadempimento del cessionario. Vale a dire, la responsabilità del cedente non sarà né di tipo solidale né si può parlare di un *beneficium excussionis* ma, semplicemente, di una responsabilità subordinata a quella del cessionario<sup>690</sup>.

Il ceduto che intenda agire nei confronti del cedente è pertanto tenuto a comunicargli il fatto dell'inadempimento del cessionario entro quindici giorni dal suo insorgere. L'omessa comunicazione non libera il cedente ma il ceduto è obbligato a risarcire il danno.

#### *Rapporti tra contraente ceduto e cessionario*

Per effetto della cessione, il cessionario diventa a tutti gli effetti parte del relativo contratto e, pertanto, ai sensi dell'art. 1409 c.c., entrambe le parti (contraente ceduto e cessionario) possono opporre tutte (e solo) le eccezioni derivanti dal contratto.

Il legislatore fa comunque salva la possibilità che il ceduto possa opporre al cessionario eccezioni fondate su altri rapporti intercorrenti

---

<sup>689</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1048.

<sup>690</sup> Cass., 4 giugno 2009, n. 12896, in *Iusexplorer*

col cedente (per es. la compensazione) se ne ha effettuato espressa riserva al momento in cui ha acconsentito alla sostituzione.

### *Rapporti tra cedente e cessionario*

Per effetto della cessione, il cedente trasferisce al cessionario una determinata posizione contrattuale. Si tratta ora di verificare l'ambito e l'estensione della garanzia che il cedente deve prestare al cessionario. A tal riguardo, ai sensi dell'art. 1410 c.c. comma 1, il cedente è tenuto a garantire la validità del contratto ceduto. Il modello legale pone dunque a carico del cedente l'obbligo di garantire la (sola) validità del contratto ceduto (c.d. cessione *pro soluto*), la quale copre la totalità dei vizi (nullità, annullabilità, inesistenza e risoluzione)<sup>691</sup>, a prescindere dal fatto che questi siano conosciuti dal cedente<sup>692</sup>.

In via convenzionale, le parti possono estendere l'obbligo di garanzia gravante sul cedente anche all'adempimento del contratto da parte del contraente ceduto (c.d. cessione *pro solvendo*). In tal caso il cedente risponde come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto, e, pertanto, diventa solidalmente responsabile ai sensi dell'art. 1944 c.c.

## **16.4. Cessione modificativa e cessione parziale del contratto**

Nella cessione non è previsto che gli elementi essenziali del contratto siano mutati o modificati per effetto del negozio di cessione.

La giurisprudenza di legittimità, mostrando una certa apertura, ha riconosciuto la possibilità di inserire obbligazioni ulteriori, purché aventi oggetto diverso dal contratto ceduto e non incidenti sull'assetto del sinallagma<sup>693</sup>.

---

<sup>691</sup> Così tra gli altri, A. ZACCARIA, *Cessione del contratto a garanzia della sua validità*, cit., p. 287.

<sup>692</sup> A. ZACCARIA, *Cessione del contratto a garanzia della sua validità*, cit., p. 280

<sup>693</sup> Cass., 9 agosto 1990, n. 8098, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 8; Cass., 6 dicembre 1995, n. 12576, in *Rep. Foro it.*, 1995, voce *Contratto in genere*, n. 245 ad avviso della quale "il principio secondo cui la cessione del contratto importa il trasferimento di questo nel suo complesso unitario di diritti ed obblighi, lasciandone immutati gli elementi oggettivi essenziali e realizzando soltanto una sostituzione soggettiva, non esclude che, a cessione avvenuta o contestualmente alla stessa, il cessionario ed il contraente ceduto possano accordarsi tra loro per apportare delle modifiche al contenuto del contratto originario". In dottrina, in particolare, v. G. DE NOVA, *La cessione del contratto*, cit., al quale si deve una efficace analisi sulle c.d. cessioni atipiche.

Quanto alla ammissibilità di una cessione parziale, la giurisprudenza e ampia dottrina tendono a negare autonomia alla figura.

Si è infatti osservato che l'assunzione di solo una parte della posizione contrattuale debba essere inquadrata – a seconda della fattispecie concreta – come semplice cessione di crediti (o accollo di debiti), subcontratto, ovvero accordo di carattere novativo.

Una parte della dottrina ha sottolineato, invece, la necessità di rispettare le scelte delle parti, da verificare caso per caso<sup>694</sup>.

### ***Giurisprudenza***

“La cessione del contratto, che implica la sostituzione di uno dei contraenti con un altro, presuppone che l'oggetto dell'obbligazione rimanga immutato, nel senso che, se pur non possano escludersi modificazioni marginali, tuttavia queste non devono concernere gli elementi essenziali del contratto, che devono, invece, rimanere sostanzialmente invariati; è, invece, possibile, nei rapporti tra cedente e cessionario, l'inserimento di obbligazioni aggiuntive, purché le stesse abbiano oggetto diverso da quello del contratto ceduto, non siano con esso confliggenti e non alterino comunque il primitivo assetto del sinallagma” (Cass., 9 agosto 1990, n. 8098, in *Giust. civ. Mass.*, 1990, fasc. 8).

### **16.5. Contratti con la clausola “all'ordine”**

Vi sono tipologie di contratti la cui circolazione è semplificata: si tratta dei c.d. contratti all'ordine (art. 1407 comma 2 c.c.). Un esempio si ha nella polizza assicurativa all'ordine di cui all'art. 1889 c.c.

I presupposti per l'applicazione della forma semplificata di cessione di posizione contrattuale prevista da tale norma sono i seguenti: il contratto deve essere interamente formalizzato in un unico documento; deve contenere la clausola “all'ordine”, od una equivalente.

In presenza di tali presupposti, la cessione del contratto si determina validamente per effetto della girata del documento contrattuale effettuata dal cedente-girante in favore del cessionario-giratario e della consegna del documento stesso al giratario. Non sono dunque necessari né il consenso del ceduto né la notificazione.

---

<sup>694</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 591.

## 16.6. Analogie e differenze con altri istituti

### a) *Il subcontratto*

Il subcontratto

Si tratta di fattispecie nettamente distinte.

Il subcontratto non determina il trasferimento di una posizione contrattuale, ma configura un contratto mediante il quale una parte utilizza una determinata posizione contrattuale per concludere con un altro soggetto un contratto dello stesso tipo, con oggetto in tutto o in parte diverso.

L'esempio è quello della sublocazione: il conduttore di un contratto di locazione diventa, a sua volta, sublocatore di un altro contratto, concedendo in godimento il medesimo immobile.

Tale figura di per sé non incide in alcun modo sul contratto originario il quale resta in piedi tra i contraenti iniziali, con il medesimo contenuto; dà vita solo ad un rapporto giuridico nuovo anche se dipendente dal contratto base<sup>695</sup>.

In definitiva, le caratteristiche di tale figura sono le seguenti: appartenenza di entrambi i contratti (contratto base e subcontratto) al medesimo tipo; dipendenza del subcontratto dal contratto base; sussistenza in entrambi i contratti di una stessa parte ma con posizione invertita (in via esemplificativa, conduttore nel contratto base di locazione e sublocatore, nella sublocazione); comunanza (totale o parziale) di oggetto tra i due contratti.

È discussa in dottrina la natura giuridica del subcontratto.

Da alcuni, si fa riferimento alla figura del collegamento negoziale di tipo unilaterale che assurge a “modello organizzativo di interessi”<sup>696</sup>. Tale orientamento, da un lato, ha il pregio di individuare una dimensione unitaria e di spiegare i rapporti tra i due contratti; dall'altro, suscita qualche perplessità, poiché può mancare nel rapporto tra contratto base e subcontratto la realizzazione di uno scopo comune. Da altri, quindi, si è ipotizzata la sussistenza di una figura autonoma di dipendenza tra contratti<sup>697</sup>.

Le divergenti opinioni sono dovute alla diversità delle figure tipiche ed all'assenza di una disciplina generale ed unitaria dell'istituto. Il codice contiene esempi tipici di subcontratto, quali la sublocazione (art.

---

<sup>695</sup> Sul presupposto della duplicità di negozi fra contratto e subcontratto v. M. BACCIGALUPI, *Appunti per una teoria generale del subcontratto*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 185.

<sup>696</sup> V. RICCIUTO, voce *Subcontratto*, in *Enc. Giur.*, XXX, Roma, 1993, p. 11.

<sup>697</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 730.

1594), il subappalto (art. 1770, comma 1), il submandato (art. 1717). Allo stesso tempo, non si esclude che l'autonomia privata possa dare vita ad altre ipotesi di subcontratto non disciplinate dal legislatore.

In via di prima approssimazione, da confermare comunque caso per caso, la regola generale è quella per cui la sorte del subcontratto è strettamente collegata alle vicende che coinvolgono il contratto base. Si estende anche la portata di quella norma per cui il locatore (del contratto base) ha azione diretta nei confronti del subconduttore (1595). Lo stesso dicasi anche per il submandato (1717, IV co., c.c.).

A ben vedere occorre prendere atto delle differenti discipline previste per le ipotesi tipiche di subcontratto e l'incidenza, variamente articolata, delle vicende patologiche del contratto base sul subcontratto. Ciò determina la scarsa utilità di una categoria generale e la necessità, invece, di un'attenta analisi della disciplina del contratto base<sup>698</sup>.

Diverso dal subcontratto è, naturalmente, la cessione del diritto acquistato in forza di un precedente contratto. Il che esclude la configurabilità giuridica del subcontratto per la categoria dei contratti traslativi e comporta la riduzione del suo ambito operativo ai soli contratti obbligatori di durata.

#### *b) Contratto per persona da nominare*

Nel contratto per persona da nominare, come vedremo meglio nel paragrafo successivo, l'*electus* acquista direttamente la posizione di parte contrattuale, sin dalla sua stipulazione, senza, ovviamente, la necessità di un ulteriore consenso di controparte, posto che la riserva di nomina è inserita nello stesso accordo. Nella cessione, invece, detto acquisto avviene a titolo derivativo, col necessario consenso del contraente ceduto.

L'opportunità di distinguere le due fattispecie si pone con particolare riferimento all'ipotesi in cui il contratto base, ai sensi dell'art. 1407 comma 1 c.c., contenga la clausola che autorizzi la cessione del contratto. In tal caso mentre nella riserva di nomina l'*electus* diventa parte del contratto con effetto retroattivo, nella cessione del contratto previamente autorizzata, il cessionario diventa parte del contratto al momento della cessione ed a titolo derivativo.

---

<sup>698</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, op. cit.

c) *La cessione ex lege*

A volte è la stessa legge a prevedere ipotesi di cessione del contratto, prescindendo dal consenso del contraente ceduto. Si tratta di una ipotesi, quindi, diversa dalla cessione volontaria, la cui disciplina non è applicabile in via analogica.

L'esempio è dato dall'art. 2588 c.c., il trasferimento d'azienda, in cui si assiste ad una cessione immediata, salvo recesso del terzo contraente per giusta causa; il subentro del curatore fallimentare nei rapporti col fallito (72 l. fall.); oppure le due ipotesi contemplate dagli articoli 6 e 36 della L. 392/1978 in tema di locazioni.

***Fonti persuasive***

Draft Common Frame of Reference, Libro III, Capitolo 5 Sezione 3

*Transfer of contractual position*

Transfer of contractual position

III. – 5:301: Scope

This Section applies only to transfers by agreement.

III. – 5:302: Transfer of contractual position

1) A party to a contractual relationship may agree with a third person, with the consent of the other party to the contractual relationship, that that person is to be substituted as a party to the relationship.

2) The consent of the other party may be given in advance. In such a case the transfer takes effect only when that party is given notice of it.

3) To the extent that the substitution of the third person involves a transfer of rights, the provisions of Section 1 of this Chapter on the assignment of rights apply; to the extent that obligations are transferred, the provisions of Section 2 of this Chapter on the substitution of a new debtor apply.

## 17. Contratto per persona da nominare

### 17.1. Nozione e natura giuridica

Si ha contratto per persona da nominare (artt. 1401-1405 c.c.) quando al momento della sua conclusione una parte (stipulante) si riserva la facoltà di indicare successivamente alla controparte (promittente), la persona che deve acquistare i diritti od assumere gli obblighi nascenti dal contratto stesso (*electus*)<sup>699</sup>.

A seguito della conclusione dell'accordo, le eventualità sono duplici.

- a) La nomina è validamente ed efficacemente effettuata ed accettata: gli effetti del contratto si producono tra il promittente e l'*electus ex tunc*, ovvero dal momento della stipulazione del contratto;
- b) la nomina non viene validamente effettuata o non è accettata: gli effetti del contratto rimangono definitivamente in testa alle parti originarie.

Esaminando la prassi giurisprudenziale, tale tipologia di contratto è usata prevalentemente negli accordi ad effetti obbligatori e, in particolar modo, nel preliminare. Accade, infatti, che lo stipulante, promettendo di acquistare per sé o per un terzo, lucri sulla differenza di prezzo stabilita con il promittente e il corrispettivo concordato - tramite altro preliminare- con il terzo designando. Così che, una volta nominato il terzo, questi contrarrà direttamente con il promittente, dando così esecuzione ad entrambi i preliminari, e lo stipulante finisce per essere un mero intermediario<sup>700</sup>.

In dottrina è discussa la natura giuridica.

Secondo l'orientamento maggioritario, l'istituto esprime una fattispecie contrattuale unitaria ricondotta nell'ambito del fenomeno rappresentativo, in quanto gli effetti giuridici sono imputati ad un soggetto diverso dalla parte formale che conclude il contratto. Tale imputazione in testa all'*electus* può derivare da una eventuale procura (anteriore pertanto alla stipulazione del contratto tra promittente e

---

<sup>699</sup> In dottrina, in particolare, R. CARAVAGLIOS, *Il contratto per persona da nominare*, in *Il Codice civile. Commentario*, a cura di F.D. Busnelli, Milano, 2012; A. CHIANALE, *Il contratto per persona da nominare*, in *I contratti in generale*, t. II, *Tratt. Dei Contr.* (dir.) P. Rescigno, E. Gabrielli, p. 1297 ss.; G. VISINTINI, *Contratto per persona da nominare*, in *Comm. Cod. civ.*, (cur.) Scialoja, Branca, Bologna, 1994, p. 341 ss.; F. GAZZONI, *Il contratto per persona da nominare*, in *Dir. civile, Enc. giur.*, IX, Roma, 1988; M. GRAZIADEI, *Contratto per persona da nominare*, in *Dig. Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, p. 261 ss.

<sup>700</sup> Così F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2015, p. 1072; Id., *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. comm.*, 1982, I, p. 231.

stipulante), ovvero dalla accettazione della dichiarazione di nomina, equiparabile ad una ratifica. Più precisamente, lo stipulante è individuato quale rappresentante, con o senza procura, dell'*electus*: si tratterebbe di una rappresentanza eventuale (in quanto la nomina che si è riservata lo stipulante può non esserci) ed *in incertam personam* (poiché la persona da nominare non è identificata al momento della conclusione del contratto). In caso di mancata nomina o di nomina inefficace, il vincolo rimane a carico dello stipulante (così, l'art. 1405 c.c.) essendo mancata la *contemplatio domini* o essendo stata esercitata in modo non corretto.

Secondo questa tesi, prima della (eventuale) dichiarazione di nomina, il contratto deve ritenersi validamente concluso e produttivo dei propri effetti tra le parti originarie, le quali non potrebbero dunque sottrarsi all'adempimento delle relative obbligazioni. Con un correttivo. Gli effetti del contratto stipulato tra promittente e stipulante dovrebbero intendersi sospesi fino alla scadenza del termine per la nomina: sicché, secondo questa ricostruzione, l'adempimento delle obbligazioni contrattuali o la richiesta di esecuzione del contratto stesso, in quanto incompatibili con la riserva di nomina, implicherebbero la decadenza dalla facoltà di esercitare validamente il potere<sup>701</sup>.

Un'altra tesi invece individua nella fattispecie in oggetto una duplicità di contratti diversamente condizionati: un primo contratto tra promittente e stipulante con efficacia immediata ma risolutivamente condizionato alla (valida) dichiarazione di nomina; il secondo, tra la persona da nominare e promittente destinato a produrre i propri effetti a seguito della nomina<sup>702</sup>. Tale seconda ricostruzione è stata sottoposta a critica perché introduce una condizione del tutto atipica nel nostro ordinamento, difforme da quella disciplinata nel codice civile. Di regola, l'introduzione di una condizione rende incerti gli effetti di un negozio la cui produzione, invece, nel contratto per persona da nominare, è certa. L'incertezza, piuttosto, ruota intorno ai soggetti che beneficerebbero degli effetti dell'accordo. In tal modo, si finisce così per inserire tra gli elementi accidentali quello che è un elemento essenziale del negozio, ossia i soggetti contraenti<sup>703</sup>.

La giurisprudenza segue la tesi maggioritaria, sostenendo che i rapporti tra il dichiarante e la persona nominata sono regolati dalla disciplina

---

<sup>701</sup> F. CARRESI, *Funzione e struttura del contratto per persona da nominare*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 591 ss.; F. GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, in *Giur. Comm.*, 1982, I, p. 229 ss.

<sup>702</sup> F. GAZZONI, voce *Contratto per persona da nominare*, I) *Diritto civile*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 3 ss.

<sup>703</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1073.



della rappresentanza volontaria. Il contraente che si è riservato la facoltà di nomina assume la funzione di rappresentante del terzo nell'arco del tempo che corre dalla conclusione del contratto alla nomina<sup>704</sup>.

Peraltro, sottolinea sempre la giurisprudenza, la dottrina che non condivide tale impostazione, criticandola per la pervasiva attrazione del contratto per persona da nominare nella disciplina della rappresentanza, ammette che “a tali principi debba comunque farsi ricorso una volta che la dichiarazione di nomina abbia avuto effetto”<sup>705</sup>.

### ***Giurisprudenza***

“Il contratto per persona da nominare, ove non dia vita ad un contratto con effetti tra i diretti contraenti originari, per avere una delle parti compiuto la nomina del terzo in base alla riserva a suo tempo fatta, dà luogo ad un contratto con effetti diretti tra l'altro contraente ed il soggetto designato, nel cui nome si considera concluso, in riferimento allo schema di portata più generale dell'istituto della rappresentanza. La riserva di nomina del terzo determina, infatti, una parziale indeterminatezza soggettiva del contratto a soggetto alternativo nel quale, a seguito dell'esercizio del potere di nomina, il terzo subentra e, prendendo il posto della parte originaria, acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente, con effetto retroattivo, con la conseguenza per cui deve essere considerato fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente ed a questo legata dal rapporto costituito con lo stipulante. Nel contratto per persona da nominare, la nomina del terzo dà luogo ad un contratto con effetti diretti fra l'altro contraente (promittente) e il soggetto designato, al quale fa acquisire, con effetto retroattivo, in luogo della parte originaria (stipulante), la qualità di soggetto negoziale, come tale legittimato all'impugnazione nella controversia avente ad oggetto i diritti e gli obblighi di cui è divenuto titolare” (così, Cass., 10 ottobre 2002, n. 14460, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Contratto in genere* [1740], n. 460).

<sup>704</sup> Cass., 12 maggio 2015, n. 9595 in *Iusexplorer*. Orientamento, peraltro, già presente fin da Cass., 4 ottobre 1983, n. 5777.

<sup>705</sup> Cass., 12 maggio 2015, n. 9595, cit.

“È noto che la riserva di nomina di un terzo determina una parziale indeterminatezza soggettiva del contratto, ovvero, secondo un’efficace espressione della dottrina, una fattispecie di contratto a soggetto alternativo, e che a seguito dello esercizio del potere di nomina il terzo subentra nel contratto e, prendendo il posto della parte originaria, acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l’altro contraente con effetto retroattivo, con la conseguenza che deve essere considerato fin dall’origine unica parte contraente contrapposta al promittente ed a questo legata dal rapporto costituito dallo stipulante” (Cass., 25 agosto 1998, n. 8410, in *Contratti*, 1999, 336, con nota di Grissimi).

### **17.2. Contratti ai quali può essere apposta la riserva di nomina**

In linea generale, la clausola di riserva di nomina può essere apposta ai contratti ove la qualità soggettiva dello stipulante sia fungibile. In giurisprudenza si è negata l’ammissibilità della riserva per i contratti *intuitu personae* e per i contratti traslativi di diritti determinati, eccezion fatta nella vendita quanto alla posizione giuridica del compratore<sup>706</sup>.

### **17.3. Trasmissibilità del contratto per persona da nominare e del potere di nomina**

La posizione contrattuale (e la relativa facoltà di nomina in testa allo stipulante) è trasmissibile con gli ordinari strumenti: per *atto inter vivos*, attraverso la cessione di contratto, o *mortis causa*. Deve invece escludersi la trasmissibilità (*inter vivos o mortis causa*) della sola facoltà di nomina, non scindibile dalla posizione contrattuale dello stipulante.

---

<sup>706</sup> Cass., 30 maggio 1995, n. 6050, in *Giust. civ. Mass.*, 1995, p. 1111: “la riserva della facoltà di nomina del contraente, prevista dall’art. 1401 c.c., può essere contenuta anche in un contratto di vendita con effetti immediatamente traslativi concretandosi, essa, in una dichiarazione a priori ambivalente, perché potenzialmente volta a dare vita ad un contratto in nome proprio, cioè con effetti tra i diretti contraenti, qualora non sia seguita, nel termine prescritto, dalla dichiarazione di nomina, ovvero, nell’apposta ipotesi, ad un contratto che produce i suoi effetti direttamente ed esclusivamente tra l’altro contraente ed il soggetto designato sì da doversi considerare concluso in nome di quest’ultimo”.

#### 17.4. La dichiarazione di nomina

Come già detto, la riserva della nomina del terzo determina una parziale indeterminatezza soggettiva del contratto, ovvero una fattispecie di contratto a soggetto alternativo<sup>707</sup>.

A seguito dell'esercizio del potere di nomina, il terzo subentra nel contratto e, prendendo il posto della parte originaria, acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente, con effetto retroattivo. Ne consegue che il nominato deve essere considerato fin dall'origine unica parte contraente contrapposta al promittente ed a questo legata dal rapporto costituito dallo stipulante. È questo il tratto peculiare del contratto per persona da nominare, il subentro nel contratto di un terzo, per effetto della nomina e della sua contestuale accettazione, e la contemporanea fuoriuscita dal contratto dello stipulante, il tutto con effetto retroattivo.

Perché tale effetto si produca, la clausola di riserva di nomina deve essere inserita contestualmente alla conclusione del contratto. Essa deve prevedere il termine entro il quale lo stipulante potrà validamente effettuare la dichiarazione; ove questo non sia pattiziamente convenuto, supplisce l'art. 1402 comma 1 c.c. ai sensi del quale la comunicazione della dichiarazione deve essere effettuata alla controparte entro tre giorni dalla stipulazione del contratto.

A fondamento della brevità vi è l'esigenza di certezza dei rapporti giuridici, con particolare riferimento al promittente, affinché lo stesso sia messo in grado di conoscere ed individuare la propria controparte. Vi è altresì un'esigenza di natura fiscale: il termine civilistico coincide infatti con quello previsto ai fini fiscali (art. 32 D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131), decorso il quale la dichiarazione di nomina è considerata quale doppio trasferimento, con tutte le conseguenze in termini di tassazione.

In caso di previsione pattizia, il termine deve essere certo e non generico. Questo inoltre è da intendersi di decadenza e non di prescrizione. L'eventuale dichiarazione tardiva, dunque, è inidonea a produrre i relativi effetti. Questa, anche se accettata dal promittente, potrà, al massimo, essere qualificata come una cessione del contratto, operandosi così un ritrasferimento di diritti ed obblighi<sup>708</sup>.

La dichiarazione di nomina costituisce un atto recettizio e, di norma, è preceduta da una preventiva autorizzazione proveniente dal designato. D'altra parte, può anche accadere che lo stipulante non riceva una

---

<sup>707</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Milano, 1941, p. 281.

<sup>708</sup> F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 1079.

preventiva autorizzazione ed, in tal caso, si assiste ad una duplice dichiarazione: la nomina, unitamente all'accettazione del designato (1402, II co.).

Ad ogni modo la previsione legale secondo la quale l'accettazione deve "accompagnare" la nomina non deve essere interpretata nel senso rigoroso della necessaria contestualità: l'accettazione può essere anche successiva purché entrambe pervengano entro il termine utile (pattiziamente o, in mancanza, legalmente) previsto.

### **Giurisprudenza**

“Nel contratto per persona da nominare il termine di tre giorni fissato dalla legge per la dichiarazione di nomina può essere validamente modificato dalle parti, a condizione che il nuovo termine sia *certus an et quando* e non faccia sorgere dubbio alcuno che l'adempimento prescritto dalla legge avvenga in un determinato numero di giorni a decorrere dalla stipulazione del contratto oppure a scadenza fissa o in altro modo sicuramente determinato; in mancanza di tali caratteristiche la clausola è inidonea a sostituire il termine legale e se l'indicazione del contraente non avviene entro questo termine il contratto produce i suoi effetti tra i contraenti originari” (Cass., 26 maggio 2000, n. 6952, in *Fallimento*, 2001, 311).

### *Natura giuridica*

Per quella dottrina che riconduce l'istituto nell'ambito del fenomeno della rappresentanza, la dichiarazione di nomina configura la *contemplatio domini* e si richiede la capacità di intendere e volere dello stipulante.

È, tuttavia, discusso se questa configuri un negozio giuridico unilaterale o, piuttosto, un atto giuridico in senso stretto, privo, dunque, di natura negoziale. È preferibile il primo orientamento, ai sensi del quale sia la nomina che l'accettazione hanno autonoma natura negoziale e, ai sensi dell'art. 1402 comma 2, infatti, non ha effetto se non è accompagnata dalla accettazione della persona nominata o se non esiste una procura anteriore al contratto.

Ammessa la natura negoziale, ne consegue che sarà impugnabile, ad esempio, per vizi della volontà e gli effetti si produrranno in capo allo stipulante.

### *Forma (art. 1403 c.c.)*

La dichiarazione di nomina e della relativa accettazione da parte della persona nominata devono avere la stessa forma che le parti hanno utilizzato per il contratto, anche se non prescritta dalla legge (1403 c.c.).

Qualora sia richiesta la forma scritta, la giurisprudenza ha chiarito che tale obbligo non va inteso nel senso che debbano necessariamente essere consacrate in una formale dichiarazione diretta all'altro contraente, essendo sufficiente che a costui pervenga una comunicazione scritta indicante la chiara volontà di designazione del terzo, in capo al quale deve concludersi il contratto, e la sua designazione<sup>709</sup>.

In senso analogo, l'opponibilità della nomina presuppone l'osservanza degli oneri di pubblicità sanciti per il contratto.

Quanto al contenuto, è necessario e sufficiente che lo stipulante manifesti in modo chiaro e non equivoco l'intenzione di nominare il terzo, per la produzione degli effetti di cui all'art. 1404 c.c.

### ***Giurisprudenza***

“Nel contratto per persona da nominare, la dichiarazione di nomina non richiede formule sacramentali, ed il suo contenuto non è legislativamente determinato in modo rigido; essa può dunque ravvisarsi in qualsiasi dichiarazione del contraente, che se ne sia riservata la facoltà, con la quale egli nomina la persona che deve acquistare i diritti ed assumere gli obblighi nascenti dal contratto da lui stipulato” (Cass., 29 settembre 2000, n. 12965, in *Repertorio Foro it.*, 2000, voce *Contratto in genere*, n. 532).

### *Effetti della dichiarazione di nomina*

Quando la dichiarazione è stata effettuata validamente nel rispetto delle condizioni previste per la sua efficacia, la persona nominata acquista i diritti ed assume le obbligazioni derivanti dal contratto con effetto retroattivo.

L'*electus* si considera, dunque, parte del contratto fin dal momento della relativa stipulazione.

---

<sup>709</sup> Cass., 1 settembre 2014, n. 18490; Cass., 21 settembre 2011, n. 19211; Cass., 29 novembre 2001, n. 15164, tutte in *Iusexplorer*.

Qualche difficoltà interpretativa è sorta con riguardo alla produzione degli effetti contrattuali nella fase successiva alla conclusione del contratto (ove le parti sono promittente e stipulante) ma anteriore alla nomina (ove le parti sono il promittente e l'eletto).

Secondo una prima ricostruzione il contratto produce effetto tra i contraenti originari che, in assenza di *electio*, potrebbero rimanere i medesimi<sup>710</sup>. Secondo altra dottrina maggioritaria, nonostante l'art. 1405 c.c. disponga espressamente che in mancanza di nomina il contratto produce effetti tra i contraenti originari, non si specificherebbe se si tratti della continuazione di un effetto già prodotto a seguito della stipula oppure della produzione di un nuovo effetto che opera retroattivamente. Si è così sostenuto che il contratto sarebbe idoneo a produrre effetti prima della dichiarazione, a causa della incertezza soggettiva, escludendo che si possa parlare di continuità degli effetti<sup>711</sup>.

L'accoglimento dell'una o dell'altra tesi potrebbe indurre ad attribuire diversa rilevanza agli atti compiuti nel periodo intermedio, ove lo stipulante è parte ed il terzo non è ancora stato nominato. Si pensi, ad esempio, all'imputazione delle attività e delle passività ed al connesso esercizio di atti esecutivi da parte dei creditori<sup>712</sup>.

Con riguardo ai diritti dei terzi, mentre l'art. 1399, II co., fa espressamente salvi i loro diritti, l'art. 1405 c.c. è silente e, pertanto, si ritiene che i diritti acquistati dagli aventi causa dal promittente durante la fase intermedia non siano garantiti. Sarà, quindi, possibile assicurare una protezione del promittente attraverso una iscrizione di ipoteca legale o volontaria contro lo stipulante, con menzione espressa della riserva di nomina. Se la nomina non avrà luogo, l'iscrizione avrà effetto contro lo stipulante; se avrà luogo, dovrà essere annotata a margine dell'ipoteca, in modo che essa risulti effettuata contro l'eletto<sup>713</sup>.

---

<sup>710</sup> G. DE NOVA, *Il contratto per persona da nominare*, in *Tratt. Rescigno*, X, 2, Torino, 1997, p. 489; Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 1984, p. 137.

<sup>711</sup> A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, cit., p. 283; F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1980, p. 293; F. GAZZONI, *Profili della riserva di nomina del contraente*, cit., p. 236; F. CARRESI, *Contratto per persona da nominare*, in *Enc. dir.*, X, Milano, 1962, p. 132.

<sup>712</sup> Cfr. V. DI GREGORIO, sub *art. 1404 c.c.*, in E. Navarretta – A. Orestano (cur.), *Dei contratti in generale*, in *Commentario al Codice civile diretto da E. Gabrielli*, Torino, 2011, p. 247.

<sup>713</sup> Così di V. DI GREGORIO, sub *art. 1404 c.c.*, cit., p. 251 e la bibliografia ivi richiamata.

## 17.5. Analogie e differenze con altri istituti

### *Contratto per persona da nominare e contratto a favore di terzi*

Il terzo beneficiario, nella fattispecie di cui all'art. 1411 c.c., non diventa mai parte del negozio intervenuto tra stipulante e promittente, neppure nel caso in cui dichiararsi di volerne profittare.

Nel contratto per persona da nominare, invece, il tratto caratteristico è rappresentato dal subentrare nel contratto di un terzo designato per effetto della nomina e della sua accettazione: tale soggetto, prendendo il posto del contraente originario, acquista i diritti ed assume gli obblighi correlativi nei rapporti con l'altro contraente, con effetto retroattivo.

### **Giurisprudenza**

“Entrambi i contratti (il contratto per persona da nominare ed il contratto a favore di terzo) si inquadrano nella previsione dell'art. 1372 cpv. cod. civ., il quale dispone che il contratto non produce effetto rispetto ai terzi se non nei casi previsti dalla legge – casi nei quali rientrano appunto le fattispecie negoziali in esame e, tuttavia, ed ai fini in esame, essi si distinguono nettamente giacché, nell'uno, la nomina del terzo è meramente eventuale (rappresentando essa l'esercizio di una facoltà della parte, che tale nomina si è riservata, e che quindi può non esercitarla), con la conseguenza che, nel caso in cui la nomina sia mancata, invalida od intempestiva, il contratto produce i suoi effetti fra i contraenti originari (art. 1405 c.c.); diversamente, nel contratto a favore di terzo la stipulazione a favore di costui deve necessariamente essere prevista nel contratto stesso (art. 1411 primo comma c.c.), il quale produrrà i suoi effetti nei confronti del terzo, salvo che non intervengano la revoca della stipulazione od il rifiuto del terzo di profittarne, casi nei quali la prestazione rimane invece a beneficio dello stipulante purché non risulti diversamente dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto (art. 1411 cit. terzo comma); segue da ciò che il terzo deve essere determinato o determinabile, mentre l'ipotesi di cui all'art. 1401 c.c. dà luogo ad una parziale indeterminatezza soggettiva del contratto.

Entrambi i negozi hanno tuttavia, carattere bilaterale: tanto che nel caso in cui il terzo prenda parte all'atto deve escludersi che esso possa essere configurato quale contratto a favore di terzo” (Cass., 18 luglio 2002, n. 10403, in *Le Società*, 2002, 1513, con nota di V. Salafia).

*Contratto per persona da nominare e cessione del contratto.*

Come nella cessione del contratto, ed a differenza del contratto a favore di terzo, anche nel contratto per persona da nominare si determina il subingresso di una nuova parte nel rapporto.

Tuttavia, anche qualora ci sia stato un consenso preventivo alla cessione del contratto, si mantiene la diversità tra le due figure.

Sotto il profilo genetico, il cessionario non subentra al contraente originario retroattivamente ma a decorrere dall'accettazione della cessione.

Sotto il profilo del regime giuridico, sono assenti, nel contratto per persona da nominare, le reciproche garanzie dovute tra cedente e cessionario e tra cedente e nominato. Lo stipulante, infatti, non è responsabile per l'inadempimento del nominato.



## 18. Contratto a favore di terzo

### 18.1. Nozione

Si ha contratto a favore di terzi quando le parti, negoziando in nome proprio, convengono che un terzo acquisti un determinato diritto. Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione, la quale può essere revocata o modificata dallo stipulante finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente, di volerne profittare. In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.

L'istituto delineato dall'art. 1411 c.c. configura uno schema generale contraddistinto dalla produzione di effetti giuridici in favore di un terzo estraneo al negozio, alla cui volontà non è riconducibile la formazione del contratto purché vi sia interesse dello stipulante.

L'acquisto del diritto da parte del terzo si effettua per effetto del solo accordo intervenuto tra le parti contraenti, nei confronti delle quali egli non assume alcuna obbligazione, restando esse le sole vincolate per le prestazioni convenute. Come rilevato dalla giurisprudenza teorica e pratica, è necessario che il terzo sia direttamente destinatario di un beneficio derivante dal contratto<sup>714</sup>.

Parti del contratto sono: il promittente, ovvero il soggetto tenuto alla prestazione nei confronti del terzo beneficiario dal quale quest'ultimo acquista il diritto che costituisce oggetto della pattuizione; e lo stipulante, nei confronti del quale il promittente si obbliga ad eseguire la prestazione e che deve avere interesse all'attribuzione del diritto in favore del terzo, pena l'invalidità del negozio.

Il terzo non è parte del contratto né in senso sostanziale, in quanto non ha contribuito alla creazione della regola, né in senso formale, in quanto non ha agito in nome altrui. Tale soggetto assume dunque la veste di creditore di una prestazione e si limita a ricevere gli effetti di un rapporto posto in essere da altri soggetti, già validamente costituito ed operante, fatta salva naturalmente la facoltà di rifiutare il beneficio. Il terzo non diviene parte del contratto neppure a seguito della dichiarazione di voler profittare della stipulazione in suo favore,

---

<sup>714</sup> Cass., 26 novembre 2003 n. 18074 riportata nel testo. In dottrina, M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, in *I contratti in generale*, in *Tratt. dei contratti*, (dir.) P. Rescigno, E. Gabrielli, Milano, 2006, p. 1206 ss.

producendo quest'ultima il solo effetto di rendere irrevocabile e immodificabile la stipulazione medesima.

La validità della stipulazione in favore del terzo presuppone, tra l'altro, che il terzo beneficiario sia determinato e almeno determinabile al momento della conclusione del contratto. In forza di tale principio, può assumere la veste di terzo beneficiario anche il soggetto non ancora venuto ad esistenza al momento della stipulazione<sup>715</sup>.

Lo schema generale del contratto a favore di terzi è, per opinione pressoché unanime, conforme al principio di relatività del contratto (art. 1372 c.c.). A ben vedere è proprio l'ampiezza di tale schema a confermare che il nostro ordinamento ha abbandonato una rigida delimitazione delle conseguenze, ammettendo che il contratto possa produrre effetti in capo al terzo, purché favorevoli e fatta salva la facoltà di rifiuto<sup>716</sup>.

La regola dell'art. 1411 non intacca, dunque, l'armonia del sistema che impone la necessità del consenso per giustificare una perdita giuridica, ma consente che l'acquisto possa avvenire per volere altrui, fatto salvo il potere di rifiuto per l'interessato.

### **Giurisprudenza**

“Non è sufficiente che il terzo consegua un vantaggio economico in via indiretta dal contratto intervenuto tra altri soggetti: è necessario infatti che i contraenti abbiano negoziato in nome proprio prevedendo l'esecuzione di una prestazione in favore del terzo, nell'intento di fargli acquisire non soltanto un vantaggio bensì un diritto” (Cass., 26 novembre 2003, n. 18074, in *Giust. Civ.*, 2004, I, 1512<sup>717</sup>).

<sup>715</sup> In forza di tale considerazione, Cass., 22 novembre 1993, n. 11503, in *Giur. It.*, 1995, I, 1, p. 318 ha ricostruito quale contratto a favore di terzo il contratto di ricovero ospedaliero intercorso tra l'ente ospedaliero e la gestante, in quanto comprendente, tra l'altro, l'esecuzione di prestazioni necessarie al feto ed al neonato.

<sup>716</sup> In tema, M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1051; A. DI MAJO, *La protezione del terzo tra contratto e torto*, in *Europa dir. priv.*, 2000, p. 1; L.V. MOSCARINI, *I negozi a favore di terzi*, Milano, 1970; C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2001, p. 537 rileva che l'interpretazione sistematica dell'art. 1411, nel rispetto del principio di relatività del contratto, impone di delimitarne l'applicazione alle ipotesi di effetti favorevoli semplici, ossia di disposizioni che attribuiscono al terzo una facoltà o un potere senza imporgli obblighi od oneri, con esclusione dunque delle attribuzioni di diritti reali, considerati gli oneri che ineriscono alla loro titolarità.

<sup>717</sup> V. inoltre Cass., 19 agosto 1997, n. 7693, in *Repertorio Foro it.*, 1997, *Contratto in genere*, n. 467: “Per la configurabilità di un contratto a favore di terzi, non è sufficiente che il terzo riceva un vantaggio economico indiretto dal contratto intervenuto tra altri soggetti, ma è necessario che questi ultimi abbiano inteso direttamente attribuirglielo, nel senso

## 18.2. L'interesse dello stipulante

L'art. 1411 comma 1 c.c. stabilisce che la stipulazione a favore del terzo è valida qualora lo stipulante vi abbia interesse.

Il requisito dell'interesse dello stipulante va inteso in senso ampio e non necessariamente patrimoniale, ben potendo avere anche natura morale. Il difetto o l'illiceità di tale elemento comporta la nullità dell'attribuzione a favore di terzo ma non anche del contratto intercorso tra promittente e stipulante nel quale la disposizione a favore del terzo è inserita; ne consegue che la prestazione da eseguirsi in favore del beneficiario resta a carico del promittente ma a vantaggio dello stipulante. L'intero contratto sarebbe invece da considerarsi nullo nel caso in cui risultasse che le parti contraenti non l'avrebbero concluso senza quella parte, ovvero senza l'attribuzione del beneficio al terzo colpita da nullità, conformemente a quanto disposto dall'art. 1419 c.c.

In dottrina, il significato da attribuire all'“interesse dello stipulante” è discusso, anche se – è bene precisare – a livello giurisprudenziale non vi sono precedenti nei quali l'assenza del requisito abbia condotto alla nullità dell'atto.

Da alcuni si è rilevato il carattere incerto di tal riferimento, perché lo stipulante – come qualsiasi contraente – deve volere il contratto ed il terzo acquirente, come ogni creditore, deve avere interesse alla prestazione in conformità a quanto disposto dall'art. 1176 c.c. La volontà dello stipulante nel concludere il contratto implica che egli lo valuta conforme al proprio desiderio e, dunque, all'interesse soggettivamente concepito, essendo difficile comprendere cosa in più aggiunga la regola dell'interesse dello stipulante ai principi di diritto comune valevoli per ogni contratto<sup>718</sup>.

Un secondo orientamento identifica l'interesse dello stipulante con l'interesse meritevole di tutela di cui all'art. 1322 c.c. quale limite generale all'autonomia privata<sup>719</sup>. L'interesse dello stipulante individua

---

che i soggetti stessi, nella qualità di contraenti, abbiano previsto e voluto una prestazione a favore di un terzo estraneo al contratto, come elemento del sinallagma”.

<sup>718</sup> R. SACCO - G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. Priv.*, (a cura di) R. Sacco, II, Torino 1993, p. 208.

<sup>719</sup> U. MAJELLO, *Contratto a favore del terzo*, in *Dig.*, IV civ., IV, Torino, 1989, p. 235; L. V. MOSCARINI, *Sub artt. 1411-1413, Il contratto a favore di terzi*, in *Com. Cod. civ.*, (dir.) P. Schlesinger, Milano 1997, p. 243.

V. altresì M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1217 il quale precisa che “l'interesse dello stipulante costituisce la causa (giustificativa voluta dalla legge)

l'espressione del profilo causale dell'atto di disposizione che questi realizza a favore del terzo, posto che secondo questo orientamento l'interesse meritevole di tutela non deve realizzarsi rispetto ad entrambi i contraenti ma soltanto rispetto allo stipulante. Tale requisito assurge ad autonoma giustificazione causale della clausola a favore del terzo, costituita dalla *causa solvendi* o *donandi*: per la validità dell'attribuzione negoziale di un diritto ad un soggetto diverso dalle parti negoziali deve sussistere una giustificazione causale che non entra a far parte della struttura della fattispecie contrattuale, essendo sufficiente che inerisca al rapporto tra stipulante e terzo beneficiario, distinto da quello tra stipulante e promittente.

La mancanza o l'illiceità di tale interesse si configurano come ipotesi di mancanza o illiceità della causa, che non riguardano però il contratto intervenuto tra stipulante e promittente, bensì l'atto di disposizione che lo stipulante realizza a favore del terzo.

### **18.3. La dichiarazione del terzo di voler beneficiare della stipulazione**

Tale dichiarazione non è, come detto, elemento perfezionativo della validità del contratto né vale a rendere il terzo parte del contratto intercorso tra lo stipulante ed il promittente: ad essa consegue il solo effetto di determinare la consumazione del potere di rifiuto che compete al terzo e l'estinzione del potere di revoca dello stipulante.

La dichiarazione del terzo di voler profittare della stipulazione in suo favore configura un atto unilaterale recettizio, che deve essere portato a conoscenza sia dello stipulante, sia del promittente: rispetto al primo, il carattere recettizio della dichiarazione si spiega con il fatto che essa determina l'estinzione del potere di revoca; rispetto al secondo, invece, si spiega in considerazione dell'esigenza di rendere certa la posizione giuridica di quest'ultimo, che potrebbe mutare in conseguenza dell'esercizio del potere di revoca o del rifiuto.

---

dell'attribuzione al terzo di una prestazione che nasce dal contratto di locazione, di appalto, di deposito, di assicurazione, di donazione ecc.” e conclude che “a) il contratto a favore di terzo non ha una causa autonoma, poiché è mutuata da quella del rapporto tra stipulante e promittente; b) e che neppure ha un senso preciso qualificare tipico questo contratto: tipica è semmai soltanto la fattispecie che vede legati tra loro i tre soggetti che partecipano all'operazione” (p. 1218). L'A. rileva, tra l'altro, come il requisito dell'interesse dello stipulante sia utile all'interprete per comprendere quando si tratti di contratto a favore di terzo e quando invece “si tratti di un contratto produttivo di effetti eventuali a vantaggio del terzo o di un contratto diverso”. Si rigetta così la tesi secondo la quale l'interesse verrebbe ad oggettivarsi nella stipulazione.

## 18.4. Vicende del contratto

### *Il rifiuto del terzo*

Il potere di rifiuto, garantito al terzo dall'ultimo comma dell'art. 1411, tutela l'esigenza di proteggere la sfera giuridica di tale soggetto da arbitrarie ingerenze, anche nel caso in cui le stesse siano favorevoli. Non può escludersi infatti che l'acquisto del diritto possa non essere gradito al terzo, sia per ragioni patrimoniali (se, per esempio, alla titolarità del diritto siano connessi oneri che ne superano il valore) che non patrimoniali. Mediante il rifiuto, il terzo, pertanto, può neutralizzare l'effetto che in virtù della stipulazione si produce in suo favore.

Il rifiuto del terzo incide sulla efficacia dell'altrui stipulazione: più precisamente, esso non ne produce la totale inefficacia determinando uno spostamento degli effetti dalla sfera del terzo beneficiario a quella dello stipulante, ovvero di altro soggetto cui lo stesso stipulante si sia riservato di devolvere il beneficio (art. 1411, comma 3).

Parte della dottrina<sup>720</sup> sostiene la natura abdicativa del rifiuto: esso, in altri termini, non impedirebbe l'acquisto del diritto in capo al terzo ma varrebbe come rinuncia ad un diritto già acquistato.

Un diverso orientamento nega la natura abdicativa e configura come atto diretto ad evitare l'ingerenza altrui nella sfera privata del terzo, eliminando l'efficacia della stipulazione nei propri confronti<sup>721</sup>. Oggetto di tale atto non sarebbe il diritto, quanto la stipulazione. In caso contrario (ovvero nel senso di rinuncia) il terzo subirebbe senza il proprio consenso iniziative altrui che incidono sulla sfera giuridica, in quanto vi sarebbe un periodo di tempo, compreso tra la stipulazione ed il rifiuto, in cui risulterebbe suo malgrado titolare di un diritto attribuitogli da altri.

### *Revoca o modifica della stipulazione*

Il terzo, a livello generale, acquista il diritto verso il promittente per effetto della stipulazione (salvo patto contrario), senza bisogno di alcuna accettazione. Finché il terzo non abbia dichiarato di voler profittare della disposizione in suo favore, la stipulazione può essere

---

<sup>720</sup> V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 585.

<sup>721</sup> M. FRANZONI, *Il contratto e i terzi*, cit., p. 1237.

oggetto di revoca o di modifica da parte dello stipulante. Ai sensi del c. 3 dell'art. 1411, per effetto della revoca, la prestazione originariamente attribuita al terzo rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto.

La revoca della stipulazione importa, quindi, la caducazione dell'acquisto del diritto da parte del terzo.

La revoca e la modifica della stipulazione in favore del terzo costituiscono atti unilaterali recettizi che devono essere indirizzati al promittente. La dottrina più attenta ritiene altresì che tali dichiarazioni siano recettizie anche nei confronti del terzo.

### **18.5. Applicabilità dello schema del contratto a favore di terzo ai contratti ad effetti reali**

È pacifico che lo schema del contratto a favore di terzo delineato all'art. 1411 c.c. sia utilizzabile quando le parti intendano attribuire al terzo un diritto di credito: la terminologia utilizzata dal legislatore allude, infatti, al rapporto obbligatorio mentre non contiene alcun riferimento ad un'eventuale efficacia reale del contratto.

È tuttavia opinione comune e preferibile che la disciplina del contratto a favore di terzo, collocata nel titolo dedicato al contratto in generale, trovi applicazione con riferimento a qualsiasi contratto, sia esso produttivo di effetti obbligatori o reali<sup>722</sup>.

La giurisprudenza prevalente ha accolto tale orientamento, anche se le fattispecie delle quali si è occupata hanno finora riguardato l'acquisto di servitù nonché l'emissione di azioni a favore di terzo<sup>723</sup>. Ad ogni modo costituisce massima consolidata l'affermazione secondo la quale “non sussistono limiti in ordine alla qualità ed al contenuto della prestazione da farsi al terzo che può consistere in un dare, in un facere o in un non facere, presente o futuro, o anche nella costituzione di un diritto reale”. In forza di tale principio è stata in particolare riconosciuta la possibilità di costituire mediante lo schema di cui all'art. 1411 la servitù prediale<sup>724</sup>.

---

<sup>722</sup> In dottrina, *ex multis*, M. FRANZONI, *ult. op. cit.*, p. 1229; L. V. MOSCARINI, *Il contratto a favore di terzi, sub. art. 1411*, in *Com. Cod. civ.*, (dir.) P. Schlesinger, cit., p. 119 ss.

<sup>723</sup> Cass., 1 agosto 1994, n. 7160, in *Mass. Foro it.*, 1994.

<sup>724</sup> Cass., 13 febbraio 1993, n. 1842, in *Giur. Civ. comm.*, 1993, p. 306.

## 18.6. Rapporto tra stipulante, promittente e terzo

Per effetto del contratto a favore di terzo ex art. 1411, quest'ultimo acquista un diritto nei confronti del promittente, mentre nessun diritto acquisisce nei confronti dello stipulante.

Nei rapporti col promittente il terzo è titolare di autonome azioni senza che sia necessario l'ausilio dello stipulante, potendo agire utilizzando ogni mezzo messo a disposizione dall'ordinamento per realizzare il proprio diritto di credito, sia in forma specifica sia per equivalente<sup>725</sup>.

### *Le eccezioni opponibili dal promittente al terzo*

Per espressa disposizione dell'art. 1413 c.c., il promittente può opporre al terzo solo quelle eccezioni che derivano dal contratto e non anche ogni altra possibile eccezione inerente i rapporti con lo stipulante. Assume rilevanza in tale ottica la nozione di rapporto di provvista, nel senso che il promittente può opporre al terzo le sole eccezioni che trovano la loro fonte nel contratto a favore di terzo, quali la nullità o l'inadempimento dello stipulante. In tal modo il terzo viene garantito dalla proponibilità di eccezioni fondate su rapporti a lui estranei, quale ad esempio l'eccezione di compensazione.

La casistica giurisprudenziale, a conferma di quanto indicato, ha ribadito che tra le eccezioni opponibili al terzo da parte del promittente è compresa quella di inadempimento dello stipulante<sup>726</sup>. La Suprema Corte, con riferimento ad un contratto di assicurazione per conto di chi spetta riconducibile alla disciplina del contratto a favore di terzo, ha inoltre sancito l'opponibilità al terzo della clausola compromissoria contenuta nel contratto, atteso che "manifestando la volontà di accettare il beneficio attribuitogli, implicitamente si accetta il contratto nel suo contenuto complessivo"<sup>727</sup>.

---

<sup>725</sup> Cass., 1 dicembre 2003, n. 18321, in *Riv. notariato*, 2004, p. 1228 ai sensi della quale "il diritto del terzo è autonomo rispetto a quello dello stipulante e, anche se di natura reale, può essere fatto pertanto valere contro il promittente anche in via diretta, senza necessità dell'intervento in giudizio dello stipulante. Ne consegue che, a tale stregua, il terzo, a favore del quale sia stato convenuto il diritto di opzione per l'acquisto di un bene immobile, che non possa attuare il proprio diritto con la doverosa collaborazione del promittente, è direttamente legittimato a far valere nei confronti di costui la pretesa alla stipulazione del contratto di vendita in relazione al quale l'opzione è stata concessa".

<sup>726</sup> Cass., 14 settembre 1999, n. 9787, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1999, p. 1970.

<sup>727</sup> Cass., 18 marzo 1997, n. 2384, in *Giur. It.*, 1998, p. 299.

### 18.7. Contratto con prestazione da effettuare al terzo dopo la morte dello stipulante (art. 1412 c.c.)

Si tratta di una figura particolare di contratto a favore di terzi, caratterizzata dal fatto che i contraenti convengono che la prestazione in favore del terzo sia eseguita dopo la morte dello stipulante: è bene comunque precisare che la fattispecie in oggetto non dà vita ad un contratto *mortis causa*<sup>728</sup>.

Il principale elemento di differenziazione rispetto allo schema generale del contratto a favore di terzo ex art. 1411 consiste in questo. Lo stipulante può esercitare la propria facoltà di revoca anche a mezzo di una disposizione testamentaria e conserva tale facoltà nonostante il terzo beneficiario abbia già dichiarato di voler profittare della stipulazione in suo favore, a meno che non sia intervenuta da parte dello stipulante rinuncia per iscritto al potere di revoca. Pertanto, considerato che lo stipulante conserva il potere di revocare il beneficio attribuito al terzo per tutta la propria vita, l'acquisto in capo al terzo si perfeziona non al momento della conclusione del contratto, ma successivamente, al decesso dello stipulante.

Una specifica e frequente applicazione dell'art. 1412 si rinviene nelle disposizioni di cui agli artt. 1920 e 1921 c.c. in materia di contratto di assicurazione sulla vita.

### 18.8. Analogie e differenze con altri istituti

*Mandato e rappresentanza.*

La differenza è chiara: lo stipulante non agisce in nome del terzo, né in esecuzione di un mandato senza rappresentanza, posto che la designazione del terzo non implica una gestione per conto del medesimo.

#### ***Giurisprudenza***

Con riferimento al mandato e, più specificamente, al mandato conferito anche nell'interesse del terzo la Cassazione ha osservato che tale contratto “non rientra nella categoria dei contratti a favore del

---

<sup>728</sup> Cass., 17 agosto 1990, n. 8335, in *Giust. civ.*, 1991, I, p. 953, nota di M. COSTANZA, *Negoziio mortis causa o post mortem?*



terzo e non attribuisce a quest'ultimo, in assenza di uno specifico patto tra mandante e mandatario, il diritto a pretendere dal mandatario l'esecuzione del mandato, ma rende soltanto irrevocabile il mandato stesso, ai sensi dell'art. 1723, secondo comma, del codice civile. Il mandatario all'incasso, pertanto, non assume – salvo che ciò non sia previsto da una specifica clausola del mandato – alcuna obbligazione nei confronti del terzo, atteso che, eseguendo il mandato, adempie soltanto l'obbligazione assunta nei confronti del mandante” (Cass., 30 gennaio 2003, n. 1391, in *Giust. civ.*, 2003, I, 2761).

*Contratto per persona da nominare.*  
V. *supra*, Paragrafo 9.5.

### **Fonti persuasive**

Draft Common Frame of Reference, Libro II, Capitolo 9, Sezione 3 –  
*Effect of stipulation in favour of third party*

II. – 9:301: Basic rules<sup>729</sup>

(1) The parties to a contract may, by the contract, confer a right or other benefit on a third party. The third party need not be in existence or identified at the time the contract is concluded.

(2) The nature and content of the third party's right or benefit are determined by the contract and are subject to any conditions or other limitations under the contract.

(3) The benefit conferred may take the form of an exclusion or limitation of the third party's liability to one of the contracting parties.

II. – 9:302: Rights, remedies and defences<sup>730</sup>

---

<sup>729</sup> II. – 9:301: Regole generali

Le parti possono, attraverso il contratto, attribuire un diritto o altro vantaggio a un terzo. Non occorre necessariamente che il terzo esista o sia identificato al momento in cui il contratto è concluso.

La natura ed il contenuto del diritto o del beneficio del terzo sono stabiliti dal contratto e sono soggetti alle condizioni o altri limiti stabiliti dal solo contratto.

Il beneficio attribuito può consistere nella esclusione o limitazione della responsabilità del terzo nei confronti di una delle parti.

<sup>730</sup> II. – 9:302: Diritti, rimedi ed eccezioni

Quando una delle parti è obbligata ad eseguire una prestazione nei confronti del terzo in forza del contratto, in mancanza di previsioni contrarie si applicano le seguenti norme:

a) il terzo ha gli stessi diritti in ordine alla esecuzione della prestazione e gli stessi rimedi in caso di inadempimento come se la controparte fosse obbligata da una promessa unilaterale nei confronti del terzo;

Where one of the contracting parties is bound to render a performance to the third party under the contract, then, in the absence of provision to the contrary in the contract:

(a) the third party has the same rights to performance and remedies for non-performance as if the contracting party was bound to render the performance under a binding unilateral promise in favour of the third party; and

(b) the contracting party may assert against the third party all defences which the contracting party could assert against the other party to the contract.

## II. – 9:303: Rejection or revocation of benefit<sup>731</sup>

(1) The third party may reject the right or benefit by notice to either of the contracting parties, if that is done without undue delay after being notified of the right or benefit and before it has been expressly or impliedly accepted. On such rejection, the right or benefit is treated as never having accrued to the third party.

(2) The contracting parties may remove or modify the contractual term conferring the right or benefit if this is done before either of them has given the third party notice that the right or benefit has been conferred.

The contract determines whether and by whom and in what circumstances the right or benefit can be revoked or modified after that time.

(3) Even if the right or benefit conferred is by virtue of the contract revocable or subject to modification, the right to revoke or modify is lost if the parties have, or the party having the right to revoke or

---

b) le parti del contratto possono fare valere nei confronti del terzo tutte le eccezioni che potrebbero fare valere rispetto alla controparte contrattuale.

### <sup>731</sup> II. – 9:303: Rifiuto o revoca del beneficio

Il terzo può rifiutare il diritto o il beneficio comunicando a entrambe le parti del contratto, purché ciò sia effettuato senza ingiustificato ritardo dopo che al terzo è stato comunicato il diritto/beneficio stabilito in suo favore e comunque prima che abbia espressamente o implicitamente accettato. In caso di rifiuto, si considera come se il diritto o il beneficio non fossero mai stati attribuiti al terzo.

Le parti possono revocare o modificare la stipulazione in favore del terzo fino al momento in cui una delle parti stesse abbia comunicato al terzo che gli è stato attribuito il diritto o il beneficio. Dopo tale momento, spetta al contratto stabilire se, da parte di chi e in quali circostanze il diritto o il beneficio possono essere revocati o modificati.

Anche nel caso in cui il diritto o il vantaggio in favore del terzo risultano revocabili o modificabili per previsione contrattuale, il diritto di revocare o modificare viene meno se le parti (o la parte che aveva il diritto di revocare o modificare) hanno lasciato che il terzo facesse affidamento sul fatto che la stipulazione in suo favore non fosse passibile di revoca o modifica e se il terzo ha ragionevolmente agito in conseguenza di ciò.

modify has, led the third party to believe that it is not revocable or subject to modification and if the third party has reasonably acted in reliance on it.