

## CAPITOLO I – DEFINIZIONE DEL CONTRATTO

Era la solita *giornata pallosa*, e Renato e Pasquale passeggiavano lungo la solita mulattiera invasa di sole che scendeva verso il mare spruzzante schizzi di luce. Già Pasquale era preoccupato, perché sapeva che il suo amico era un rompiscatole, ma uno di quelli pesanti. Soprattutto da quando aveva cominciato a studiare quello che lui chiamava “Lo **ius**, il sacro ius” e così via. E spesso passava e gli chiedeva “*vuoi fare una passeggiata?*” e lui stupido accettava, e così si ritrovava incastrato in discussioni infinite su questo dannato ius. Era rimasto sgomento quando aveva scoperto che Renato aveva venduto tutte le sue vesti a parte il mutandone che indossava pure in quel momento, per comprare un tomo immenso intitolato “**Il contratto**”, scritto da un certo Sacchetti e un tale Novone.

“Beh caro mio Pasquale, tu lo sai cosa è un contratto?”

“No, e non mi interessa, ciao”

“Con calma, dai, è una cosa di cinque minuti...”

“Va be dai cos’è sto contratto, ma in due parole”

“Eh in due parole non si può, vediamo, magari in duecento. Io direi che la base è il consenso, l’**accordo**”

“Va bene, so stupido io forse, ma se fosse un accordo, che bisogno ci sarebbe di chiamarlo contratto, basterebbe dire accordo?”

“Arguto il ragazzo eh... allora diciamo che è l’accordo più la somma delle circostanze che lo completano e che sono necessarie perché sia riconosciuto?”

“Riconosciuto da chi?”

Qui Renato si zittì, quasi pianse, e con un filo grave venerando di voce mormorò

“Dall’ordinamento...” poi aggiunse “Sicuramente poi questo contratto si collega alla sovranità che le persone hanno nella loro sfera giuridica, all’**autonomia privata**... e questa sovranità si esplica nella **volontà**”

“ok, quindi il contratto è un accordo più alcune circostanze più la volontà libera e privata delle parti”

“Sì, diciamo così, poi si possono aggiungere altri elementi. Ad esempio chi vede tutto sotto la lente economica del danè e degli sghei sottolinea l’importanza dello **scambio** come elemento del contratto, scambio di prestazioni, scambio consentito. Ma si potrebbe dire che un altro elemento del contratto è l’**impegno**, quello che fa sorgere obblighi... ovviamente parliamo sempre di impegno consentito”

“Ok vedo che è tante cose questo contratto...”

“Già, ci sono tanti modi di concepirlo, tanti modi di prenderlo questo portento meraviglioso” disse tutto emozionato Renato

“Va be, io non ti capisco” Disse Pasquale

“Pasquale, sta tranquillo, che mi capirai molto bene fra poco... ti lasco un minutino di pausa e poi ti dico qualcos'altro su questo contratto”

“Mi hai contratto gli zebedei”

I due percorsero il sentiero ridente costeggiato di spruzzi d'erba e fiorellini, poi arrivarono sotto un ombroso albero ed allora si fermarono. Qui Renato aprì la sua bocca sempre pronta ad emettere trattati e cominciò a parlare bisbigliando, come conoscesse la disapprovazione del suo amico

“Ma se mi chiedi...”

“Io non ti sto chiedendo proprio niente”

“Ma se mi chiedi...” continuò Renato “Se mi chiedi cosa è il contratto, io ti do la bella definizione del nostro – si fermò, poi aggiunse con voce strozzata dall'emozione - le - gi - sla - to - re!

Questo è il 1321

*“Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale”*

E poi aggiunge al 1325

*“I requisiti del contratto sono:*

*1) l'accordo delle parti;*

*2) la causa;*

*3) l'oggetto;*

*4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità”*

“Ma che so' sti numeri, 1321, 1325 ma io me li gioco a Mergellina al lotto questa sera”

“Sono gli articoli del sacro codice, il Codice civile, erede del mitico Code Napoleon”

“Va be m'a già scassat u...”

“Aspetta, devo aggiungere che queste definizioni non sono che parziali...”

“Ah, non era già abbastanza complicato...”

“Sì, sono parziali perché il 1321 ci parla di accordo, ma non sempre, per fare un contratto, ci serve l'accordo, la volontà. Pensiamo ad esempio al caso della **riserva mentale**”

“Eh che è?”

“È quando tu dichiari una cosa, ma in realtà, nel testolino, ne stai pensando un'altra. Quindi è ovvio che quando io stipulo un contratto con la riserva mentale c'è un accordo apparente, ma non c'è la mia vera volontà. Oppure pensiamo al caso in cui io stipulo un **contratto con un interponente fittizio**, ma poi il terzo non interviene nell'intesa simulatoria e rimane vincolato il povero interponente, è ovvio che qui la volontà c'entra poco”

“Aspetta cos'è sto interponente”

“Praticamente, ma di questo ne parleremo più avanti caro mio, c'è una cosa che si chiama simulazione. Cioè io simulo un contratto ma in realtà ne voglio un altro. Ad esempio, faccio un contratto in cui vendo il mio Digesto a Fillide, ma in realtà quel contratto è simulato, cioè io non voglio vendere veramente il mio digesto a Fillide (lo sai che non lo venderei mai il mio digesto), in realtà il vero contratto, che chiameremo contratto dissimulato, è che io do in prestito, in comodato, il mio digesto a Fillide. Ebbene, può capitare che al posto di simulare il contratto, si simuli la controparte. Cioè per esempio io dico che voglio fare un contratto con Orazio, ma in realtà Orazio è solo un interposto, cioè uno che si mette in mezzo. Ma in mezzo a chi? In mezzo fra me e il contraente con cui io voglio in realtà contrattare, diciamo in questo caso Publio. Aggià capì? Che succede però, che se poi Publio mi dice, “ma che volete, io non ho stipulato nessun contratto e non intendo essere parte di questi giochetti”, il contratto produrrà i suoi effetti verso l'interposto fittizio, che rimane così fregato”

“Ah, forse ho capito, come quando io vado dal fruttivendolo a comprare le pere per Gigino che non può più andare dal fruttivendolo dopo che gli ha rubato i fichi d'india con le mani nude. Quindi Alfiero il fruttivendolo pensa di fare un contratto con me, ma in realtà lo fa con Gigino”

“Eh più o meno, diciamo di sì”

“Ma non c'è solo questo a smentire la definizione dell'articolo 1321 e 1325, pensiamo ad esempio al caso dell'**art. 1333**, in cui il contratto si può concludere con la sola proposta del proponente diretta al destinatario e l'inerzia di questo. Dove sta l'accordo qui eh?

Anche per quanto riguarda la dichiarazione poi, cos'è? Certo è necessario perché ci sia dichiarazione che qualcuno riceva un messaggio, ma non sempre sarà necessario

che qualcuno abbia scritto quel messaggio, pensiamo infatti al caso dell'inesatta trasmissione, come disciplinato dall'**art. 1433**"

"Aspe, stai andando un po' veloce..."

"No dico soltanto che qualcuno potrebbe aver predisposto una dichiarazione, ma poi chi l'ha trasmessa, ossia il **nuncius**, l'ha un po' cambiata, come quando Franceschello ti ha detto che volevo un lama quando io ti avevo detto che volevo una lama per sbucciarmi le mele..."

"Ah ok, ma scusa in sto ius non si capisce nulla, prima si dice una cosa e poi si dice il contrario"

"è una scienza imperfetta caro mio, ma per questo ancora più affascinante. Per esempio, anche per quanto riguarda gli elementi che compongono il contratto, di cui ci parla il 1325, a volte c'è da aggiungere un **atto di esecuzione**, per esempio, per quanto riguarda i **diritti reali**"

"E che sono sti diritti reali?"

"sono quelli che presuppongono un diritto assoluto sul bene, come la proprietà ad esempio"

"Altre volte l'atto di esecuzione è necessario per produrre gli effetti reali previsti dalle parti (come nel **contratto costitutivo di pegno**). Ad esempio, mettiamo che io voglio assicurarmi che tu mi restituisci le arance che io ti ho prestato per far bella figura con Rosina facendo vedere che i tuoi alberi fruttano molto, ed allora io per assicurarmi che tu me le restituisci ti prendo il tuo pompelmo d'oro che tu vincesti quella sera; ebbene perché si costituisca questo contratto di pegno è necessario che tu mi consegni il pompelmo d'oro. Infatti, il contratto ha effetti reali, dal momento che io costituirò un **diritto reale di garanzia**, in questo caso il pegno, sul tuo pompelmo d'oro. Poi c'è anche il pegno non possessorio<sup>1</sup> ma questa è un'altra storia"

"Va bene, ma il mio pompelmo d'oro tu non te lo prendi, neanche fosse per un pegno o per un comodato o quello che vuoi tu..."

"La **causa** è poi un elemento necessario, se non versiamo nei **contratti astratti**<sup>2</sup>, ma anche la **forma** e la **pubblicità** per alcuni contratti. Quindi è impossibile, per nostra gioia di eruditi, dare una definizione semplice e unitaria del contratto basandoci sui suoi componenti.

---

<sup>1</sup> pegno che si costituisce senza che il titolare del diritto di garanzia perda il possesso del bene dato in garanzia

<sup>2</sup> Negozi che per la loro validità prescindono dalla causa: ad esempio i titoli di credito, le fideiussioni astratte, il pegno non possessorio

Ma non è finita qua, infatti il 1321 ci racconta che il contratto deve riguardare **rapporti giuridici patrimoniali**, ma anche qui pensiamo al caso degli **atti dispositivi del proprio corpo** dell'articolo 5 del nostro codicione. Ebbene essi sono almeno in parte negoziabili, quindi sono almeno in parte dei contratti, eppure non hanno contenuto patrimoniale. Il corpo caro mio non è una merce, quindi non è commercializzabile. Si può disporne solo gratuitamente, come nella donazione di sangue.

Pensiamo poi all'**accordo di tolleranza**, per esempio io tollero che tu passi sul mio giardinetto di zucchine; questo capisci che è un accordo che riguarda diritti anche patrimoniali, come il mio campo (il mio fondo) eppure non ha gli effetti tipici del contratto, perché io non sono vincolato dal mio accordo e potrei ritirare il mio permesso quando voglio senza conseguenze; mentre per revocare il consenso nei contratti è pieno di regolette che ti ci bruci il cervelletto”

“Va bene, direi che come definizione può bastare”

“Aspetta, un ultima cosa. A volte il legislatore confonde gli effetti anche fra contratto nullo e valido. Per esempio ci sono alcuni contratti validi che comportano l'**irripetibilità del pagato**, ossia il fatto che se io ti ho dato dei soldi, poi non posso più chiederteli indietro. Un esempio sono i **contratti di gioco e scommessa**, che pur non costituendo obblighi azionabili, comportano questa irripetibilità. Ecco, talvolta il legislatore collega questo stesso effetto dell'irripetibilità del pagato anche a dei contratti nulli come il **contratto con oggetto illecito**.

Ma poi ci sono dei casi in cui anche gli effetti del contratto sono un po' sballati, pensiamo ad esempio al **mandato gratuito**, cioè il contratto con cui io chiedo a Burchiello di fare qualcosa gratis per me. Ebbene Burchiello potrebbe non fare quello che gli chiedo, quindi l'effetto c'è finché c'è il consenso dell'avente diritto, cioè il mio consenso a che Burchiello faccia quelle cose.

Ma pensiamo poi a quando il legislatore integra il contenuto del contenuto del contratto, per esempio imponendo un prezzo”

“Era l'ultima eh”

“è vero Pasquale, ma manca ancora un poco ad arrivare al mare, lascia che ti racconti altre due cose?”

Che ci sta sopra il contratto? Il negozio o l'**atto**... eh le regole del contratto si possono applicare agli atti. Ascoltiamo sempre il sacro codice al **1324**

*“Salvo diverse disposizioni di legge, le norme che regolano i contratti si osservano, in quanto compatibili, per gli atti unilaterali tra vivi aventi contenuto patrimoniale”*

Possiamo aggiungere che quando la regola del decidere lo consenta, le regole del contratto si applicano all'atto non negoziale”

“Guarda, il mare”

“Ok, ma come il mare ha una fonte, quali sono le fonti del diritto dei contratti, cioè da dove derivano le regole che lo disciplinano? Sicuramente abbiamo le regole dell'**unione europea**, poi il **codice civile**, il quale si trova in una posizione centrale nella disciplina di questo istituto. Poi abbiamo sicuramente altre leggi indipendenti dal codice, pensiamo al **codice del consumo** ad esempio, nato per tutelare i diritti dei consumatori minacciati dall'economia di mercato moderna. Pensiamo poi anche alle fonti internazionali, come la **convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di cose mobili**. Ma ci sono anche norme che non sono cogenti, cioè non pongono obblighi coperti da sanzioni e punizioni, ma sono soltanto persuasive. Pensiamo ai *principles of international commercial contracts* redatti da Unidroit (l'istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato), ma anche ai principi di diritto europeo dei contratti scritti dalla commissione per il diritto europeo dei contratti

## **CAPITOLO II – MA STO CONTRATTO È DAVVERO BILATERALE**

Il mare era un profluvio di colori che si mescevano l'uno sull'altro, in un tripudio gioioso di vita e di profondità sagge e abissali. Pasquale non vedeva l'ora di immergersi in questo mistero, ma, proprio quando stava per incamminarsi ed immergersi fra le onde Renato gli pose una mano sulla spalla e gli disse:

“Prima di immergerti nel mistero del mare, ti sei mai chiesto quest'altro altrettanto grande mistero: ma il contratto è davvero bilaterale? Eh già, perché esso pare un dogma, ma non è così scontato se pensiamo al **1333 cc**, il quale recita:

*“La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino **obbligazioni solo per il proponente** è **irrevocabile** appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata.*

*Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso"*

Eh, come vedi questa disposizione pare negare il principio della bilateralità. Ovvio che la bilateralità sarà necessaria quando ad una prestazione corrisponderà una controprestazione, ossia quando saremo nel campo del **sinallagma** (che vuol dire proprio bilateralità delle prestazioni). Ma quando un contratto, come nel caso del 1333, tende ad imporre obblighi solo in capo ad una sola parte, allora, caro mio, il principio della bilateralità così caro a noi giuristi, scricchiola. Eh sì, hai capito buon, Pasqualetto mio, scricchiola, rischia di andare in mille pezzi. Oh, sacra bilateralità! Perché ci teniamo così tanto, ti chiederai. Ebbè, perché c'è l'autonomia privata, la sovranità della persona sui suoi rapporti giuridici, che *non potrebbero essere alterati da un'altra persona né in meglio* (almeno in teoria, poi se qualcuno mi regalasse così a caso delle pannocchie io sarei solo che contento), *ma soprattutto non in peggio*. Diciamo che il nostro maestoso ordinamento lascia fare per quei contratti che danno un vantaggio, un arricchimento all'altra parte pur senza il suo consenso, come ad esempio il **legato**, il quale, avendo solo elementi attivi, ossia positivi, si acquista senza bisogno di accettazione, mentre già per quanto riguarda l'**eredità**, che può essere sia positiva, ma anche negativa, se oberata dai debiti, è richiesta l'accettazione. Quindi, come vedi, il nostro ordinamento da buon furbetto segue più la regola che non si può essere impoveriti senza l'altrui consenso, ma quando si tratta di essere arricchiti, allora chiude un occhio; ma pensiamo anche alla **promessa al pubblico**, la quale è efficace a favore dei destinatari anche se loro non hanno dato la loro accettazione, o ancora riflettiamo sul **contratto a favore di terzo**, il quale opera senza bisogno che il terzo accetti.

Quindi come vedi al nostro amabile ordinamento non dispiace che **qualcuno acquisti diritti senza accettazione**, diciamo così, senza consenso. Ed allora che cosa si è inventato? Beh si è inventato che il consenso può essere anche espresso dal **silenzio**, ossia dal nulla. Ah, come sono ingegnosi i giuristi, la loro testa è un brillante! Ma poi qualche rompiscatole è arrivato ed ha detto "ok, posso anche accettarlo se il **silenzio** è **circostanziato**, ossia è accompagnato da circostanze dalle quali si può capire che la parte ha accettato pur silenziosamente, ma quando siamo nel campo del **silenzio semplice**, ossia senza circostanze che facciamo?"

Ebbene, questo pignolo di uno, ci ha costretto ad ammettere che il contratto concluso con la proposta di una parte e soltanto il silenzio semplice dell'altra parte, è un contratto che si conclude con la sola proposta, e quindi non è un contratto bilaterale"

Qui Renato si mise quasi a piangere

“Ma attenzione, questo silenzio, questo mancato rifiuto (infatti il 1333 ci dice che il contratto si conclude con la sola proposta salvo rifiuto dell'altra parte), va considerato comunque come una dichiarazione negoziale, e quindi può essere affetta dai cosiddetti vizi della volontà

Vabbè alla fine di tutto questo ragionamento qualcuno ha messo in dubbio che l'art. 1333 faccia un contratto, ma ha detto che è soltanto una promessa unilaterale non contrattuale. Poveretti, ed allora perché poi l'ordinamento gli ricollega le regole del contratto...”

“Ma scusa a me che cavolo me ne frega, io voglio buttarmi a mare. Ma poi cosa sono tutte queste astrazioni: io gli unici contratti che conosco sono quelli che faccio quando compro cipolle, ceci e protusin dalla signora Pina”

“Oh come siete sempre coi piedi per terra voi profani. Ma non capite che il diritto è una scienza metafisica? Eh va bene, te lo spiego concretamente.

Allora, quali sono li **contratti che necessitano della bilateralità**:

- 1) In primo luogo, sono i cosiddetti **contratti sinallagmatici**, ossia quelli che hanno una promessa ed una repromissione, ossia nei quali io ti do una cosa e tu in cambio me ne dai un'altra
- 2) Poi sicuramente i contratti che si perfezionano con un atto di esecuzione bilaterale, come può essere la **consegna** (l'antica veneranda traditio) nei contratti reali
- 3) Poi pensiamo a quei contratti che hanno bisogno di un altro accordo esecutivo che si sovrappone alla promessa (un problema che riguarda alcuni contratti ad efficacia reale)
- 4) E nelle donazioni formali

Ebbene tutti gli altri contratti necessitano soltanto della promessa di chi vuole obbligarsi, ossia della promessa dell'articolo 1333 e pensiamo per esempio

- 1) Alla **donazione per causa di nozze**
- 2) All'**assunzione senza corrispettivo del debito altrui** (come avviene nell'accollo, nella fideiussione, nell'espromissione...)
- 3) La **promessa di dare una garanzia senza chiedere nulla in cambio**
- 4) La **promessa reclamistica**, ossia per esempio quelle che si fanno nelle pubblicità
- 5) La **promessa solvendi causa**, ossia fatta per adempiere ad un debito già esistente

- 6) **Promessa rivolta per fini statutarie del promittente**, per esempio una promessa di un'associazione di dare un contributo per la realizzazione degli orti sociali in un certo comune
- 7) **Promessa condizionata ad un evento, favorevole al promittente, su cui il promissario può influire**. Pensiamo ad esempio al caso in cui io ti prometto di darti un petello se tu in cambio mi ascolti per un'altra ora. Ebbene, tu magari non mi dai conferma che ti sei obbligato ad ascoltarmi, eppure, nonostante questo, mi ascolti per un'ora (molto di più in realtà, poverello), allora ecco che potrai pretendere da me il petello

“Wow, allora sono ricco per tutte le ore in cui sono stato ad ascoltarti”

“eh no, caro mio, non ti ho mai promesso niente”

“e cosa hai fatto un minuto fa?”

“Eh caro mio, quella era una promessa **docendi causa**, fatto cioè a scopo didattico, quindi non ha valore vincolante”

“mamma mia oh, voi giuristi avete sempre l'asso nella manica, o direi meglio nei calzini...”

“Un problema sorge quando vogliamo confrontare la proposta che deriva dal 1333 con le promesse unilaterali disciplinate dagli articoli 1987 – 1990. Allora faccio una parentesi, le promesse di cui all'articolo **1988**, ossia la **promessa di pagamento** e la **ricognizione di debito**, se non sono fondate su un'obbligazione sottostante, non creano obbligazioni. Quindi la **promessa astratta**, ossia senza una causa, un motivo, non fonda un'obbligazione ma produrrà al massimo l'inversione dell'onere della prova sul piano processuale. Pensiamo ad esempio al caso in cui tu mi venda il tuo computer, ed io non ti pago subito ma ti faccio una promessa di pagamento, cioè faccio un foglio in cui scrivo “ti pagherò mille”, ebbene se io poi non ti pago e tu vai da Pappagone o giudice, questo non ti chiederà per quale motivo io ti devo mille euri (e questa si chiama **astrazione processuale**), semplicemente mi obbligherà a darteli. Ma capisci che se tu non mi dai nulla ed io ti faccio una promessa di pagamento, questa non creerà un'obbligazione. Cioè se non c'è un debito sotto, la promessa di pagamento non ha effetto. Tuttavia produce comunque l'**inversione dell'onere della prova**, quindi una volta in giudizio, quando tu mi chiederai i mille euro, tu non dovrai spiegare al giudice il motivo per cui vuoi questi soldi, ma sarò io a dover dimostrare che non te li devo dare perchè non c'è un debito sottostante.

Molto bene, ma a parte questa gustosa digressione, qual è quindi questa differenza fra la proposta ex 1333 e quelle ex 1987 – 1990.

Pensiamo alla proposta del 1333 e combiniamola come in una pozione con l'articolo **1336**, il quale ci narra:

“L'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta, salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi.

La revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia”

Questa norma ci fa capire che una promessa può essere individualizzata o, come nel caso dell'articolo, rivolta al pubblico. Quindi una proposta ex 1333, destinata a creare obbligazioni per il solo proponente, se viene fatta al pubblico (1336) è efficace e non è molto diversa dalla promessa al pubblico di cui al 1989

Ma cos'è questa promessa al pubblico: quando per esempio io metto un cartello e dico “darò 50 centesimi a chi ritrova una figurina che ho perso al parco” ecco, e se vuoi la statuizione solenne del codice, eccotela qui, come recita il 1989:

“Colui che, rivolgendosi al pubblico, promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione o compia una determinata azione, è vincolato dalla promessa non appena questa è resa pubblica”

Quindi se io prometto quei 50 centesimi, poi sono vincolato!

Tuttavia alcuni trovano delle **differenze fra la proposta del 1333 estesa al pubblico con il 1336 e la promessa al pubblico pura e semplice del 1989**, perchè come ci dice *l'articolo 1989 la promessa al pubblico pare valida solo se promette una prestazione a favore di chi si trovi in una determinata situazione, mentre quel del 1333 non ha questo requisito*, inoltre *la promessa al pubblico può anche essere liberale, cioè essere fatta senza volere il danè, mentre se una proposta ex 1333 fosse liberale, avrebbe bisogno di una forma solenne* (quella che è richiesta per la donazione) *ed inoltre dovrebbe essere accettata* (proprio perché l'accettazione è un requisito della donazione).

Poi qualche cavilloso ha affermato che secondo lui queste differenze sono soltanto apparenti, per esempio il requisito soggettivo della promessa al pubblico, ossia che sia fatta verso persone che si trovano in una determinata situazione, non è poi così importante, ma serve solo per evitare promesse capricciose, per far sì che uno non prometta un milione ad uno a caso. *Poi sappiamo che la proposta del 1333 può essere rifiutata, mentre quella del 1989 pare di no*. Ma secondo alcuni non è così. Mettiamo caso che uno dica “se qualcuno mi ritrova il centesimo che ho perso in piazza di Spagna, io gli do il sacchetto con la cacca del mio cane”. Mettiamo caso che un vecchietto trovi quel centesimo, lo riporti al promittente, ma allo stesso tempo rifiuti di avere il suo premio.

Anche sulla **revoca per giusta causa di cui parla il 1990, usata da alcuni per legittimare la differenza rispetto al 1333**, qualcuno ha avuto da ridire ed ha affermato che non è che un modo per estendere le regole della revoca tipiche dei contratti (recesso, venir meno dell'interesse, eccessiva onerosità) alle promesse al pubblico

Poi qualcun altro si è chiesto, **ma la proposta del 1333, che vincola il proponente senza bisogno di accettazione, può applicarsi ai contratti formali, cioè che necessitano di una certa forma per essere validi?** Se ne discute tanto, ma una sentenza della corte di Cassazione del 1952 ci fa propendere per la risposta affermativa. Infatti **dichiara efficace una prelazione immobiliare non accettata**. Tu mi chiederai, che cos'è una prelazione immobiliare? Ebbene, quando io vendo una casa, se ho fatto ad esempio un patto di prelazione con Caio, prima di vendertela a te, devo fare la proposta di vendita alle stesse condizioni che avrei fatto a te, a Caio, perchè lui è prelato, ossia è preferito. Ebbene, se ho ti offro il diritto di prelazione per un immobile, il che richiede la forma scritta, questo è efficace anche se tu non l'accetti. Quindi **la proposta ex 1333 pare applicabile anche ai contratti formali**.

**Ci si è chiesti se l'articolo 1333, nonostante parli di obbligazioni, si possa anche applicare ai contratti reali.**

Si è provato a dimostrare che è possibile ad esempio citando l'articolo l'articolo 2821, il quale ci dice che l'ipoteca può essere concessa anche per atto unilaterale. Tuttavia, finchè l'ipoteca non è iscritta nei pubblici registri (2808 secondo comma) non si può dire che sia un diritto reale, e quindi l'articolo non scalfisce il 1333 per quanto riguarda la sua applicabilità soltanto ai contratti ad effetti obbligatori. Anche l'art. 785 è stato tirato in ballo, il quale ci dice che la donazione per causa di nozze si perfeziona anche se non accettata, o anche il 649, il quale ci dice che il legato si acquista senza accettazione.

Insomma, qualcuno ha affermato che si può evitare l'accettazione quando la promessa non nuoccia al promissario, cioè a colui che riceve la promessa, anche detto oblato. Ebbene l'acquisto della proprietà o dell'usufrutto possono arrecare dei danni all'oblato, perché possono portare con sé molte obbligazioni anche molto costose. Per esempio, se io ti do una casa inutilizzabile ma con delle tasse enormi. Tuttavia, se c'è già un consenso preventivo dell'oblato, o se c'è un interesse precostituito dello stesso, allora sembrerebbe ragionevole applicare l'art. 1333 anche ai contratti con effetti extraobbligatori, reali.”

Per un momento, Renato si zittì. Fu in quel preciso istante che Pasquale corse, corse più forte che poté verso il mare e oltre. L'acqua cominciò a schizzare alta fra i suoi piedi saltellanti, poi il suo petto fendette le onde finché come un delfino si infilò nell'acqua. Nuotò, nuotò molto ed intanto gli rimbombavano nella testa tutte quelle parole che aveva sentito “Contratto, bilateralità, promesse al pubblico, 1333 cc, silenzio, silenzio,

silenzio...” Soprattutto gli rimbombava in testa questa parola, “Silenzio” e cominciarono a venirgli dei dubbi, cominciò a riflettere a quando Gennaro gli aveva detto in mezzo alla via “tieni, ti vendo questa collanina...” e lui era stato zitto. Che stupido che era stato, non è che mo’ quel silenzio aveva concluso il contratto e presto si sarebbe trovato davanti al giudice Pappagone per inadempimento contrattuale!? Mentre pensava a ciò, fra un’onda e l’altra, vide con gran spavento apparire di fianco a sé Renato che nuotava anch’esso e che gli disse

“Pasquale, ma io guarda che non avevo finito”

“Senti Pasquale, non è che mi potresti spiegare un po’ meglio questo fatto del silenzio... cioè allora basta che io stia zitto e qualunque proposta mi venga fatta si conclude...?!”

“Sta tranquillo, non è proprio così Paquale... so che a volte il diritto fa venire di queste paure, ma sta tranquillo. Certo è vero che la dottrina e la giurisprudenza hanno affermato che dal silenzio circostanziato il giudice può desumere il tuo consenso ad una proposta contrattuale. [Ma questo effetto si produce se tu avevi l’onere o il dovere di parlare, e non hai parlato.](#)”

“Ma come faccio a capire se avevo il dovere di parlare?”

“Ma come sei arguto, Pasqualino mio. Beh *lo si può dedurre dalla legge, o dalla consuetudine, o dai particolari rapporti che si sono formati tra le parti o da una particolare buona fede che si è creata nei rapporti fra le parti.*

Facciamo un esempio semplice. Tu non hai mica affittato quello sgabuzzino da Nannarè nel quale vivi, dormi e fai tutto? Già, e questo contratto di locazione è un cosiddetto contratto di durata. Ebbene, quando arriva il termine del contratto di durata, se tu non dici nulla, quel contratto si rinnova, si rinnova proprio tacitamente”

“Ah cavolicchio, ora capisco”

“Certo, ma ci sono altri casi ancora. Pensiamo al fatto che le parti hanno contrattato, poi una parte manda all’altra una fattura, un documento, dal quale emergono clausole nuove e la parte che riceve questa carta sta muta; ebbene, questo silenzio comporta l’accettazione di tali nuove clausole? Ebbene, la risposta in questo caso è negativa, almeno finché non intervenga un comportamento positivo, anche fisico e materiale, che conformi questa volontà di aderire alle nuove clausole.

Ma un altro caso in cui è sicuramente rilevante il silenzio è quando qualcuno paga in ritardo, insomma adempie un po’ a modo suo e l’altro sta zitto. Per esempio, torniamo al caso del tuo sgabuzzino preso in locazione. Ebbene se tu ogni mese paghi Nannarè al posto che l’1 del mese, come stabilito da contratto, il 10, e Nannarè non dice niente, allora bè, questo silenzio viene interpretato come se a lei sta bene questa tua solita

negligenza e quindi poi non ti potrà rompere le scatole dicendo che sei inadempiente etc. Come dice la giurisprudenza, in questo caso il silenzio crea la buona fede. Tuttavia, non è che il credito di Nannarè si estingue solo perchè lei, poveretta, ha perso le speranze di pretendere certe cose da te. Lei, in ogni momento, può esigere il suo credito, perchè poverella, le spetta di diritto. Poi nelle sentenze si parla spesso di rinuncia tacita ad un diritto, come la rinuncia alla proroga legale del contratto... Ma pensiamo anche al rapporto di lavoro. Quando tu anni fa lavorasti un giorno presso Carmelo, ti ricordi che lui un giorno ti disse, tu oggi al posto che aprire le banane dalla parte sopra, le apri dalla parte sotto e tu stetti muto come un pesce, ebbene questo tuo silenzio è valso come accettazioni di quelle mutate condizioni di lavoro; allo stesso modo, quando tu sei stato fino all'1 di notte a sbucciare patate ed hai fatto gli straordinari, dal momento che Carmelo non si è opposto a che tu facessi gli straordinari, allora è come se te li avesse accettati e poi te li ha dovuti pagare.”

“Mamma mia, ma questo diritto è ovunque, anche nel modo in cui sbucci una banana. Anche quando faccio la pipì”

“Anche lì, mio caro. Ma per riassumere sul silenzio, è ovvio che se lo trattiamo come una dichiarazione, se il contratto in questione richiede una forma solenne, il silenzio non potrà integrarla, allo stesso tempo il silenzio dovrà avere i requisiti della dichiarazione valida e la sua efficacia avrà i limiti propri della dichiarazione. Lo stesso non potrà dirsi se il silenzio è visto come mancato dissenso. C'è da dire poi che anche al silenzio si applicano i vizi del consenso: ce per esempio se uno ti obbliga a star zitto per far continuare ad esempio un contratto di locazione, ebbene il tuo silenzio sarà viziato da quel particolare vizio del volere chiamato violenza.”

### **CAPITOLO III OVVERO QUANDO IL CONTRATTO SI CONCLUDE ESEGUENDOLO**

I due nuotarono ancora un po', poi tornarono a riva tremanti come canne di bambù. Venne allora una forte raffica di vento che li raggelò ancor di più. Ancora Pasquale stava

tremando che Renato cominciò:

“Ma tu devi sapere che oltre alla figura particolare del 1333, ce n’è un’altra molto interessante. È quella di cui parla l’articolo **1327** del nostro venerabile codice.

Esso recita – e cominciò a parlare con enfasi:

*“Qualora, su **richiesta del proponente** o per la **natura dell'affare** o secondo gli **usi**, la **prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta**, il **contratto è concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione**.*

*L'accettante deve dare prontamente **avviso** all'altra parte della iniziata esecuzione e, in mancanza, è tenuto al risarcimento del danno”*

Cioè, non è stupendo? In questo contratto basta che io ti faccia una proposta, e poi non c’è bisogno che tu accetti: basta che inizi ad eseguire e l’esecuzione stessa vale come tua accettazione contrattuale e ti vincola. Ad esempio se tu vai in un self-service e prendi della merce, tu non hai accettato; tuttavia, con la tua esecuzione ti sei vincolato a pagare il prezzo della stessa, allo stesso tempo se mandi un ordine ad un fornitore urgente dicendo di portarti una bottiglia d’acqua, quel fornitore non accetterà ma ti porterà direttamente la bottiglietta. Ebbene la sua esecuzione vale come accettazione.

Quindi la legge collega al fatto che il proponente ha autorizzato in qualche modo alla controparte di ingerirsi nella sua sfera giuridica, per ricollegare a questa ingerenza effetti giuridici. Quindi trasforma una esecuzione extracontrattuale in una legge contrattuale. Non è una magia? Ovviamente questo non vale per doveri negativi: cioè io non ti posso dire adesso tu non venderai le zucchine per 18 minuti vicino al mio banco del mercato (patto di non concorrenza); non è che se tu per due minuti non vendi le zucchine vuol dire che hai accettato la mia proposta, è chiaro, non avrebbe senso: al terzo minuto potrai tornare normalmente a vendere le tue zucchine senza essere vincolato alla mia proposta.

C’è da dire che alla dottrina non piace tanto questa idea per cui un contratto si perfeziona soltanto con l’esecuzione, e quindi ricollega all’esecuzione una manifestazione di volontà. La dottrina più avanguardista dice che non c’è una manifestazione, ma c’è comunque una scelta responsabile.”

“Ma quindi se io, per esempio, raccolgo una cartaccia dal giardino di Nello, poi gli devo pulire tutta casa perché ho cominciato ad eseguire una prestazione di pulizia?”

“Mamma mia come sei intelligente! Ci si è chiesti: ma **ci deve essere un potere che vincoli**, o legale o almeno negoziale, altrimenti si cadrebbe nel rischio che tu dici; anche perché se non ci fosse una fonte che imponesse una certa prestazione,

come farei a sapere quando la prestazione è completa, quando l'esecuzione è completa. Per esempio, da Nello tu potresti interpretare che l'obbligo della tua prestazione sia di pulire solo il giardino di Nello, mentre Nello potrebbe pensare che il tuo obbligo sia di pulirgli tutta casa. Innanzitutto, dobbiamo osservare che **esistono delle norme, anche al di fuori del campo dei contratti, che ricollegano all'iniziata esecuzione il dovere di portarla a termine**. Pensiamo ad esempio alla gestione di affari altrui. Se per esempio Luigi, che tutti sanno che è ricco, va al mare ma mentre è al mare la sua casa si allaga e tu, col buon cuore che hai, vai a ristrutturargli la casa, tu sei poi obbligato a portare a termine la tua ristrutturazione, almeno finché Luigi non torni dal mare e se ne possa occupare lui stesso. Ovviamente riceverai un compenso in cambio eh. Ebbene, per quanto riguarda il contratto e in particolare l'articolo 1327 quest'obbligo di portare a termine la prestazione non trova fondamento nella legge come nel caso della gestione di affari altrui, bensì nella proposta contrattuale che il proponente ha fatto, come nell'esempio che ho fatto in cui tu chiedi ad un tuo fornitore di portarti una bottiglietta d'acqua.

Leggendo bene la norma si vede che l'esecuzione senza proposta può essere sollecitata da una proposta, dagli usi, o dalla natura dell'affare. Ebbene, quand'è che questa **natura dell'affare** è importante? La giurisprudenza ci ha detto che lo è **quando l'esecuzione è tanto urgente** (come nel caso della tua bottiglietta d'acqua) **da poter essere pregiudicata** (ossia da perdere il proprio valore, la propria importanza) se per aspettare l'accettazione si posticipa l'esecuzione stessa oppure quando c'è un determinato interesse di chi emette la proposta all'esecuzione veloce, prevalente a ricevere l'accettazione. Per qualche dottrinario più sulle nuvole si può anche andare oltre a questi requisiti e per lui basta che la prestazione che si domanda con la proposta abbia un contenuto positivo (come ti spiegavo prima, non posso farti una proposta in cui ti chiedo di non vendere le zucchine), determini un'ingerenza nella sfera del proponente e le trattative non siano utili (se per esempio il prezzo della merce è già fissato, come il caso del self service che ti ho detto).

“Ok ma allora, se non ho capito male, se io ho un campicello di fagioli e dico ad un mio amico che per attraversare il mio campo mi deve un miliardo. Il mio amico non mi dice niente, poi un giorno attraversa il campo, allora mi deve un miliardo?”

“Ah che furbacchione che sei! Ovviamente no, perché non si può chiedere un prezzo fuori da ogni razionalità, si deve chiedere un prezzo fisso (come nel self service) un *prezzo vicino a quelli normalmente praticati*. Lo stesso può dirsi ad un locatore che dice al suo conduttore, cioè a chi sta in affitto (come si dice volgarmente) nella sua casa “Da oggi mi dai cento euro in più”: non è che perché il conduttore continua ad abitare lì vuol dire che ha accettato questa mia proposta con l'esecuzione. Un po' più delicato è il problema quando questa proposta giunga nel momento in cui il contratto di locazione

stia giungendo al termine, e quindi se tu continui a stare nell'immobile vuol dire che accetti che il contratto continui, e forse che accetti anche quell'aumento?

Infine, si pensa che l'art. 1327 non si possa applicare ai contratti formali. Questo problema si pone soprattutto per la **pubblica amministrazione** quando chiede merci ai fornitori, che magari eseguono senza prima accettare la proposta. Ce da dire che la cassazione l'ha stangata, chiedendole di rispettare le forme. Ovvio che in questo mondo si rende la vita della pubblica amministrazione un po' più difficile.

Poi c'è il problema di quando la proposta pare avere un contenuto divisibile, e quindi magari l'esecuzione comporta la volontà di concludere solo una delle parti in cui il contratto si può dividere. *Si potrebbe pensare che se l'esecutore fa un'esecuzione - accettazione parziale, questa valga come nuova proposta contrattuale, che potrà quindi non essere accettata.*

#### **CAPITOLO QUARTO, OVVERO QUANDO IL CONTRATTO È SENZA DICHIARAZIONE**

Ormai asciutti, i due si stesero e rilassarono per un momento, ed osservarono il mare, ed il cielo che, come uno stupendo velo, si stendeva sopra di esso: come erano belli, come erano liberi, semplici, senza tutte quelle complicazioni giuridiche.

“Ma perché anche il diritto non è così?”

“Così in che senso?”

“Libero, e bello come questo mare, come questo cielo”

“Eh sei un idealista, vecchio mio. A te piacerebbe molto lo *ius naturalis*. Ma forse posso regalarti una piccola chicca che riguarda sempre il contratto. Lo sai che c'è un contratto che è veramente liberissimo, ossia **il contratto senza alcuna dichiarazione**. Sì, lo so, abbiamo visto il 1333 cc, secondo il quale una persona si può obbligare semplicemente mandando una promessa unilaterale all'altra parte con soltanto obbligazioni a suo carico, ossia del proponente, ed abbiamo anche visto l'art 1327, il quale ci ha narrato di un contratto che, a seguito della proposta, si perfeziona soltanto con l'esecuzione. Ma c'è una tipologia di contratti che non ha bisogno di nulla di tutto ciò. Sto parlando del contratto senza dichiarazione, ossia di un *contratto che viene attuato senza proposta alcuna*. Cioè, per esempio, io ti metto in contatto con Graziella, una insegnante che da ripetizioni che a te servono tanto, senza che tu prima mi invii una proposta contrattuale con la quale mi incarichi di trovarti un'insegnante per le ripetizioni private. Lo faccio e basta, e questo già crea un vincolo contrattuale, in questo caso di mediazione.

Non è che può sempre essere così, infatti *normalmente chi fa qualcosa per un altro, chi esegue una prestazione in favore di un altro che però non sia dovuta, è protetto dai cosiddetti rimedi quasi contrattuali, che sono la ripetizione (ossia restituzione) dell'indebito e la restituzione dell'ingiustificato arricchimento*. Cioè ti ricordi quando lavoravi per Squignizzel, quello che lucidava le scarpe. Tu ti facevi pagare a settimana, e siccome il povero Squignizzel perdeva spesso la memoria, si dimenticava di averti pagato, e così tu, volpino, ti facevi pagare due o tre volte alla settimana. Ebbene, se per un miracolo di San Gennaro Squignizzel si fosse accorto che ti aveva già pagato, lui poteva chiedere la restituzione dell'indebito, ossia che tu gli restituissi la remunerazione che non ti era dovuta”

“Ma scusa perchè si chiamano rimedi quasi contrattuali?”

“Eh perchè quando Squignizzel ti ha pagato per sbaglio, lui sembrava adempiere ad un'obbligazione contrattuale; cioè sembrano quasi dei contratti queste prestazioni fatte in realtà senza un motivo, quindi sono quasi contratti.

Allo stesso modo se tu ti appropriassi di un bene altrui senza un contratto sottostante che ti legittimasse a ciò, tu, oltre ad essere tenuto a restituzione, saresti vittima dei rimedi extracontrattuali, ossia il risarcimento dei danni e la restituzione dei frutti.

Quindi è raro che si realizzino questi contratti di fatto, anche perché se non c'è un contratto sotto non si sa in cosa consistano gli obblighi reciproci, e che cosa l'uno debba dare all'altro. Ma **ci sono dei casi in cui il legislatore ammette questi contratti senza nemmeno la proposta**. Un caso di questi è il **mediatore**, di cui ci parla l'art 1754 cc:

**“È mediatore colui che mette in relazione due o più parti per la conclusione di un affare, senza essere legato ad alcuna di esse da rapporti di collaborazione, di dipendenza o di rappresentanza”**

In questo caso della mediazione, ***se il mediatore attua e nessuna delle parti dice nulla, il contratto si conclude. La parte deve essere, si intende, consapevole, dell'opera che sta svolgendo il mediatore***. Ovviamente la parte può dire al mediatore che non intende profittare dei suoi servizi, e in questo caso si dice che emette una **prohibitio**. Anche il mediatore potrebbe dire che lui lo fa per la gloria, soltanto per farsi figo e quindi non vuole nulla in cambio.

Col contratto di mediazione, bisogna dire, è facile pensare ad un contratto senza dichiarazione, perché è assistita da ***molti usi***, ossia consuetudini, ***che indicano a quale prestazione ha diritto il mediatore, in questo modo rendendo superflua la trattativa e l'accordo sul punto***.

Ma c'è anche un altro caso di prestazione di fatto, ed è quella che si verifica nel **contratto di lavoro**. Prendiamo il nostro amato codice e leggiamo l'articolo **2126**, che recita così:

***“La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa.***

***Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”***

Hai capito? Molti si sono chiesti che cosa legittimi questa situazione...beh possiamo dire che è un po' l'**acquiescenza** del datore di lavoro, ossia il fatto che lui sapeva (o avrebbe dovuto sapere) di questa situazione, e non ha fatto nulla per impedirla: è rimasto appunto acquiescente, cioè come se fosse addormentato. Poi nel rapporto di lavoro è facile creare un contratto anche soltanto da una prestazione di fatto perché, come si suol dire, è un **ambito molto tipizzato**, ossia dove ci sono molte leggi, pronunce

giudiziali etc. che ci dicono ad esempio quanto deve essere la remunerazione che il datore di lavoro deve corrispondere al povero lavoratore.

Ma c'è un altro caso di contratto di fatto, ed è quello della **società di fatto**, *cioè se alcune persone si comportano come se fossero una società, con i relativi poteri allora essi, pur non avendo creato una vera società, sono comunque considerati come una società, e quindi gli vengono addossati i diritti, ma anche gli obblighi e le responsabilità che si ricollegano a questa figura giuridica*. Ce se per esempio tu col tuo amico Fernando aprite un negozio che vende pasta e fagioli, ed insieme contribuite a questo negozietto a livello di soldi, e fate tutto insieme, ma sulla carta risulti solo tu come proprietario; ebbene di fatto voi siete una società e quindi, per esempio, dovrete rispondere in solido dei debiti. Per cui, se per esempio avete fatto un debito per comprare il pentolone in cui cuocere i fagioli, dovrete ripagare questo debito insieme. Ovviamente rimangono vincolati da questa società di fatto chi ha eseguito gli atti che hanno integrato questa figura e chi vi abbia consentito, o che, sapendo di essa, non l'abbia impedita.

Per finire, un altro caso di contratto senza proposta è la cosiddetta **collatio agrorum rusticorum**, cioè il **mettere insieme dei pezzi di campi di campagna**. Ma perchè vengono messi insieme questi campi? *Per creare una strada agricola di cui saranno comproprietari i contadini che hanno dato in compossesso agli altri un loro pezzettino di campo proprio per creare la strada*. Anche in questo caso, tale **contratto** si perfeziona, cioè **si conclude, senza dichiarazione**.”

“Va bene, quindi il contratto si può concludere in tanti modi diversi:

o normalmente con una proposta seguita da una accettazione,

o con una proposta unilaterale con obblighi del solo proponente (1333),

o con una proposta e l'inizio dell'esecuzione dell'altra parte (1327),

poi ci sono i contratti di fatto...

è finita questa lista?!”

“Un'ultima cosa vorrei aggiungere. Il contratto non è detto che si perfezioni soltanto con una **dichiarazione**, come la proposta e l'accettazione. **Si può concludere anche per, come si dice, fatti concludenti**. Questi sono appunto dei comportamenti non dichiarativi. Praticamente un fatto concludente è qualunque comportamento con cui tu dimostri di voler partecipare ad un certo comportamento. Un comportamento concludente abbastanza scontato sussiste quando tu esegui una prestazione. In questo caso, se non ricadiamo nella disciplina del 1327 o dei contratti di fatto, questa esecuzione è comunque un comportamento concludente. Per esempio, quando tu prendi il treno per andare a Pozzuoli, tu salendo stai attuando un comportamento

concludente, col quale dimostri di accettare le condizioni contrattuali della compagnia ferroviaria, e quindi ti obblighi a pagare la remunerazione per la prestazione di viaggio che ti viene offerta.

Ma c'è un problema, che è: *se qualcuno attua un comportamento concludente, non invia un messaggio all'altra parte; quindi, l'altra parte potrebbe non sapere che io sto attuando un comportamento concludente*. Come si risolve questa difficoltà. Si è pensato che a volte si potrebbe ricorrere al 1327, che dice che bisogna dare un avviso per informare l'altra parte dell'iniziata esecuzione. Certo non sarà sempre facile applicare l'articolo 1326 quando parla di un'accettazione che giunge al proponente, perché non sarà sempre facile spostare un comportamento concludente da un punto ad un altro; *tuttavia, al suo primo comma l'articolo 1326 ci parla di una generica conoscenza dell'accettazione, che si potrebbe avere se il proponente assiste direttamente all'attuazione del comportamento concludente*"

"Ma scusa, ma quando io compro le noccioline dalle macchinette, che tipo di contratto è? Anche lì non mi pare che ci sia la dichiarazione, o sbaglio?"

"No, non ti sbagli affatto, ragazzo. Parliamo in tal caso di **contratti conclusi con apparecchi automatici**. Qui non ci sono dichiarazioni, semplicemente una persona predispone una macchina, ed in questo modo si rende disponibile a contrattare; l'altra parte semplicemente esegue la sua prestazione di pagare ed in cambio ottiene la controprestazione dell'offerente. Praticamente è un contratto che si perfeziona non con dichiarazione, ma con dei fatti concludenti. Che molti poi ravvisano una lesione della volontà, perchè non ci sono dichiarazioni. Ma se ci pensiamo forse protegge di più un contratto fatto con un apparecchio automatico che uno fatto, ad esempio, con una trattativa a voce, dove magari il venditore ti intorta con l'abilità delle sue parole. Almeno l'apparecchio automatico ti garantisce uniformità di prezzo e non ti mette pressione per concludere il contratto"

## LA DICHIARAZIONE CONTRATTUALE

Era passato già un po' di tempo ormai, ed il cielo cominciava ad imbrunire ed a colorarsi delle meravigliose tinte rossastre del tramonto. Pasquale e Renato cominciarono allora ad incamminarsi verso casa.

“La manifestazione sta all’apice”

“Ma cosa stai dicendo, manifestazione di che?”

“La **manifestazione di volontà**. Può essere **diretta**, cioè si capisce chiaramente a cosa tende, o **indiretta** (cioè si deduce che cosa vuole da un comportamento concludente); poi, per classificare ancora un po', che so che ti piacciono le categorizzazioni più che a Kant, la manifestazione può svolgersi mediante un **linguaggio**, o mediante un **comportamento** (il fatto concludente). Ebbene, se la manifestazione si realizza tramite il linguaggio, ci troviamo nel campo della dichiarazione. A sua volta, all'interno delle dichiarazioni, troviamo le dichiarazioni recettizie. Ebbene noi stiamo parlando del contratto no? E fra tutte queste categorie, qual è quella più appropriata al contratto? È la **dichiarazione recettizia**. Ma che significa recettizia: significa che **per aver valore devono essere notificate al ricevente e devono essere conosciute o conoscibili dal ricevente stesso**.

Dobbiamo stare attenti qua, perché è sempre possibile che la dichiarazione cambi nel lasso del tempo che intercorre tra il momento in cui io **emetto la dichiarazione**, quello in cui questa **viene notificata** (viene per esempio messa nella casella della posta del destinatario) e quello in cui **viene percepita**.

Ora, *è possibile che la dichiarazione sia valida anche se è diversa quella che perviene al destinatario rispetto a quella che io avevo emesso* (perché, per esempio, il messaggero ha modificato il messaggio) e questa possibilità ci è concessa dall'art **1433 cc** il quale ci dice:

“Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche al caso in cui l'errore cade sulla dichiarazione, o in cui la dichiarazione è

stata inesattamente trasmessa dalla persona o dall'ufficio che ne era stato incaricato”

Per capire questo articolo bisogna conoscere le disposizioni precedenti ad esso, a cui l'articolo stesso si riferisce. Ebbene le disposizioni precedenti ci parlano dell' **errore**, e dicono che un **contratto viziato da errore può essere valido, purché l'errore non sia essenziale e sia riconoscibile**. **Allo stesso modo, anche una dichiarazione contrattuale può essere valida anche se un errore è subentrato nella trasmissione della dichiarazione stessa, a meno che la divergenza fra la dichiarazione emessa e quella notificata non sia essenziale e riconoscibile, nel qual caso si potrà chiedere l'annullamento del contratto.**

Poi nell'applicazione di questa norma, ossia del 1433, sono sorti i problemi più assurdi, amico mio. Qualche cervellone si è chiesto **se** ad esempio questo articolo ha voluto far sì che solo una dichiarazione viziata da errore nella sua trasmissione mantenga la sua validità, o **anche una dichiarazione viziata dal dolo**, ossia dall'intenzione, ossia può essere valida una dichiarazione intenzionalmente trasmessa male? Essa produce i suoi effetti in capo al dichiarante? Dobbiamo dire che **i giudici hanno negato la validità ad una tale dichiarazione** e che hanno usato la querela di falso, ossia quello strumento processuale usato per far verificare che un documento è falso. Ma c'è da dire che poi qualcuno dal suo studio si è lamentato perché allora si potrebbe applicare la querela di falso anche alla dichiarazione inesattamente trasmessa viziata solo da errore, ed allora l'art. 1433 non avrebbe più alcuna utilità e poi addirittura si sono rifatti all'art 537 del codice di procedura penale che dice che non può essere ordinata la cancellazione di un documento quando essa possa pregiudicare gli interessi dei terzi; e quindi dicono questi qui: anche la cancellazione della dichiarazione potrebbe ledere gli interessi del destinatario”

“Ma scusa ma il destinatario non è terzo...?”

“Nel diritto tutto può essere tutto caro mio: il destinatario è terzo rispetto all'accordo fra me, dichiarante e proponente della proposta contrattuale, e il trasmittente, il **messaggero**”

“E che accordo c'è fra te e il trasmittente?”

“Magari io gli ho detto: guarda ci sono mille contratti, tu li devi spedire a mille persone di questo comune, sceglile tu e completa la mia dichiarazione contrattuale...”

Però devo dire che **più recentemente è stata negata la falsità del documento, e quindi l'utilizzo della querela di falso, sia che essa sia stata alterata per colpa (e quindi per negligenza) sia dolosamente (e quindi con l'intenzione), e quindi questo documento rimane efficace, sempre che l'alterazione derivi dal trasmittente incaricato.**

Poi ti devo dire che i dottrinari continuano a fare un paragone con le norme penali, e vanno a pescare l'art.41 del c.p., secondo il quale **il fatto del terzo è capace di interrompere il nesso causale soltanto quando esso sia capace di produrre da solo l'evento**. Quindi in questo caso il fatto del terzo potrebbe interrompere il nesso causale fra l'emissione della proposta del proponente e la ricezione della stessa da parte del destinatario. **Questo avviene quando c'è una differenza enorme fra la dichiarazione che io emetto e quella che il mio messaggero recapita al mittente.**

Che poi, *secondo me, non interrompere il nesso causale il fatto che il messaggero trasmette la dichiarazione ad una persona diversa di quella che gli avevo detto io*. Cioè se per esempio io gli avevo detto “va, spedisci questa dichiarazione a Maria” e il mio messaggero la spedisce a Marta.

O ancora *io non penso che interrompa il nesso causale il fatto che il terzo abusi del foglio in bianco*. Per esempio io dico al mio messaggero “tieni sto foglio, devi scrivere una proposta contrattuale in cui do dieci mele a Filippo” e il mio bravo messaggero scrive una proposta in cui da venti mele. Ma allora è scimunito!

**Ciò vale anche nel caso in cui alteri una proposta scritta.**

*Però sicuramente si interrompe se il mio messaggero non solo cancella quello che io avevo scritto, ma in più lo sostituisce con una sua dichiarazione diversa*. A questo punto la proposta contrattuale proprio non c'entra più nulla con me; quindi, non c'è più nessun nesso causale.

Quello che ti voglio far capire è che la proposta perde il nesso causale con la ricezione da parte del destinatario quando il mio messaggero la stravolge e fa in modo che non ci sia più alcun collegamento fra me e la proposta, come se la proposta non provenisse più effettivamente da me, come se il terzo avesse interrotto il nesso causale che collegava la proposta a me e ne abbia semmai fatto nascere uno diverso. Ma se il messaggero cambia solo una parola della mia dichiarazione, allora il nesso causale è integro, intatto. Poi magari quella stravolge il significato della dichiarazione, però la differenza letterale fra la dichiarazione emessa e quella trasmessa è piccola.”  
“Ma se io non incaricassi nessuno di spedire la mia proposta ed un Tizio, di sua spontanea volontà, la spedisce?”

“Eh per quanto riguarda questo caso, *molti hanno detto che la trasmissione da parte di chi non è incaricato interrompe qualsiasi nesso causale*. Però anche qui i soliti lamentoni hanno detto che non è giusto che il dichiarante rischi per tutti gli errori che l'incaricato fa nella trasmissione, mentre non rischia nulla se il messaggero non era incaricato. *Potremmo accontentarli dicendo che può crearsi un nesso causale fra il dichiarante e il messaggero anche se non c'è un nesso causale vero e proprio, ma c'è solo una colpa del dichiarante*. Pensiamo ad esempio al caso in cui lasci la sua dichiarazione sul tavolo, e la sua governante pensi bene di spedirla.

Poi tieni sempre a mente che queste sono questioni sottili su cui si dibatte molto.

Per esempio, c'è un altro caso particolare, ossia quello della **dichiarazione completata dal terzo**. Te lo spiego con un esempio: ti ricordi Ferruccio, quello che andava su tutte le scale con tanti fogli, pennino e calamaio. Ebbene lui andava da ogni signora e le diceva “Signora vuole un set da cucina di quelli moderni, di quelli che fanno le fabbriche in America. Se la vuole basta che mi fa una firma su questo foglio, si chiama modulo di ordinazione. Praticamente lei basta che firma ed io le vado a cercare una bella pentola”. E qualche volta capitava, incredibilmente, che qualche signora, attratta dalla speranza di nuovi pentoloni, firmasse. Il guaio è che quella proposta mancava di un destinatario, perché Ferruccio ancora non conosceva bene l'azienda da cui si sarebbe procacciato le pentole, e quindi quel contratto mancava anche del prezzo che la signora avrebbe dovuto pagare. Questo Ferruccio poi andava per tutta la città a cercare i venditori di pentole e cercava quello che gli avrebbe pagato la commissione più alta per concludere l'affare con la signora, praticamente cercava di offrire i suoi moduli di ordinazione già belli che firmati a qualche venditore. Quando trovava quello che gli dava la commissione più alta, lui comprava le pentole e le portava alla signora. Ma spesso capitava che il prezzo dell'affare risultava troppo alto, e quindi le signore si lamentavano, dicendo che quel contratto non era fatto bene, perché era un contratto senza destinatario e quindi era inefficace poiché incompleto.

Ma i giudici cosa decidevano di questa dichiarazione incompleta. Eh i giudici all'inizio erano favorevoli all'efficacia di questa dichiarazione completata dal terzo. I giudici poi hanno cambiato un po' parere, perché erano spaventati dai rischi di una dichiarazione contrattuale senza destinatario anche perché in questo modo il dichiarante si trova nell'impossibilità di conoscere in anticipo il contenuto del contratto, e poi avevano paura del caso in cui l'intermediario (Ferruccio nel nostro esempio) presenti la proposta a più persone con la conseguenza che il proponente si trovi vincolato a più offerte, e così non sappia più quale tra esse è effettivamente efficace.

Alla fine, la **Cassazione** ha preso questa opinione: *se il proponente fa una dichiarazione col nome del destinatario in bianco, e la dà a un terzo intermediario, e questo intermediario trasferisce la proposta ad una persona di sua scelta, la quale accetta, allora il contratto è concluso fra offerente e accettante.*”

“Ma io, potrei far decidere il contenuto del contratto ad un'altra parte?”

“Ah certo. Finora abbiamo parlato di un terzo che decide il destinatario della proposta, ma certamente esiste anche il **caso in cui si lascia ad un terzo la determinazione addirittura del contenuto del contratto**. Nel campo dei contratti, vorrei preliminarmente specificare, è possibile **sottoscrivere una dichiarazione predisposta da altri**.

Pensiamo ad esempio a Romolo, l'imprenditore che vende mollette: lui fa almeno venti contratti al giorno dei più diversi, ed alcuni di questi li fa preparare dalla sua segretaria

e lui soltanto appone la sua firma. Che poi, tra l'altro, si vanta sempre perché dice che è il firmatore più veloce del globo, impiegando mezzo secondo per scrivere Romolo Balduncicelli, nome bello lungo tra l'altro. Capito, così ci mette solo mezzo secondo per completare una proposta contrattuale. Ma noi qui stiamo parlando di un caso diverso, ossia non del caso in cui viene predisposta una dichiarazione contrattuale la quale, una volta scritta, viene firmata dal proponente. No, proprio il contrario: qui ci stiamo occupando del caso in cui il proponente prima firmi un foglio bianco, e poi qualcun altro scrive su quel foglio bianco già firmato stabilendo appunto il contenuto del contratto. È quello che si chiama **biancosegno**. Come, per esempio, quando tu volevi comprare a tutti i costi quel comodino con duecento scaffali; eh, quella volta Paolino, il venditore, ti ha fatto firmare un foglio bianco dicendoti “firma ed io ti porto il mobile domani, poi i dettagli te li dico domani”, e il giorno dopo, puntuale, si è presentato con il mobile e con il contratto scritto a penna; che poi in realtà di scritto c'era solo “1000 euri”.

Ma in questo campo gioca anche la **dichiarazione apparente**”

“Dichiarazione apparente?”

“Sì, praticamente quando una dichiarazione sembra una cosa ma non lo è. Per esempio, immagina Orazio, quello che tiene quell'officina. Ecco, se il suo dipendente Daniele comincia a contrattare con un fornitore di bulloni come se fosse l'amministratore dell'azienda ed avesse tutti i poteri (mentre in realtà non li ha) e si presentasse proprio come amministratore e il fornitore di bulloni credesse a questa apparenza verosimile e stipulasse un contratto con Luca, avremmo una dichiarazione apparente: quella di Luca che sembra avere i poteri di un amministratore ma non li ha. Cosa si fa in questi casi? Allora, ce da dire che la legge regola molti di questi casi. Ma se ci fosse un caso non regolato dalla legge, allora saremmo lo stesso al sicuro perché la giurisprudenza ha elaborato il cosiddetto **principio generale di apparenza**. Possiamo enunciare questo principio così: *colui che crea per un fatto proprio l'apparenza di una certa situazione giuridica a sé sfavorevole non può successivamente opporre il reale stato di cose al terzo che abbia senza sua colpa confidato in tale stato di apparenza*. Tuttavia, non è che la dichiarazione apparente sia uguale a quella vera, perché gli effetti sono un po' diversi. Innanzitutto, *colui che riceve una dichiarazione apparente può dire che quella dichiarazione è apparente e quindi non stipulare il contratto, ma poi la dichiarazione apparente non elimina la dichiarazione vera*, e quindi se Gino fa una dichiarazione e dice che l'ha fatta Carola, Publio, il destinatario, può rivolgersi lo stesso a Gino, il vero proponente. In pratica poi **non si può parlare di dichiarazione apparente applicando il principio generale di apparenza se il destinatario sa che essa è viziata, perché in questo caso non si può dire che il destinatario sia incolpevole**; e, come abbiamo visto, l'incolpevolezza è uno dei requisiti perché si applichi il principio generale di apparenza”

“Ma scusami Renato, ma se io faccio un contratto dicendo di essere Protesilao, e nascondo di essere Pasquale, esso è valido?”

“Ma tu le scovi tutte le fattispecie eh, ma dimmi come ti è uscita questa domanda?”

“Eh sai la mia nomea non è troppo buona, dicono tutti che sono uno scansafatiche. E quindi io quando faccio qualche affare dico sempre di essere un altro, chessò una volta Mario, una volta Marco, una volta Marcello, una volta Marto etc.”

“Ok ho capito. Allora questa fattispecie si chiama “**Dichiarazione resa sotto falso nome**”. Innanzitutto, c'è da dire che non è sempre così importante dichiarare il proprio nome, le proprie generalità: per esempio, quando compri il succo di frutta alle macchinette automatiche, non è che la macchinetta ti chiede “Chi sei? Per favore, inserire nome e cognome”, oppure quando vai nei grandi magazzini a comprare i vestiti, anche lì nessuno ti chiede chi sei”. E poi non sempre l'individuazione della persona dipende dal nome.

Proviamo allora ad allargare questa questione: pensiamo ad una dichiarazione che appare provenire da un soggetto diverso da quello che l'ha emessa. Ebbene, che efficacia ha tale atto verso il dichiarante apparente? E invece, che efficacia avrà verso il vero dichiarante, che però è rimasto nascosto?

Innanzitutto, *se chi ha agito sotto falso nome può da sé influire sulla vicenda giuridica, allora non si pongono particolari problemi*. Per esempio, quando Filippetto va in drogheria e chiede la monetina di cioccolato, anche se lui dice di essere Filippone (che è suo padre) questo non causa problemi perché comunque Filippetto paga e tutto finisce lì.

*Se il dichiarante vero, per esempio Carmine, è legittimato all'atto di disposizione, il contratto allora può essere fatto valere dalla controparte, per esempio Emanuele, ed è produttivo di effetti anche se il dichiarante apparente, per esempio Filiberto, non ha legittimazione*. Se quindi Carmine vende per finta il suo cappello di paglia a Filiberto e poi lo vende, dicendo di essere Filiberto, ad Emanuele, Emanuele può benissimo far valere il contratto, e quindi richiedere il cappello, perché Carmine, anche se opera sotto falso nome, può benissimo disporre (cioè decidere di vendere, di alienare) il suo cappello di paglia.

*Quindi possiamo dire che in generale il dichiarante apparente rimane estraneo alle dichiarazioni fatte a suo nome* (come Filiberto nell'esempio precedente, che sembra essere colui che ha contrattato con Emanuele, mentre in realtà era solo un'apparenza perché chi aveva contrattato veramente era Carmine. Il povero Filiberto non sarà di solito vincolato alla dichiarazione fatta a suo nome). *Diverso sarebbe il caso in cui il dichiarante apparente abbia dato l'autorizzazione, lo iussus* (come direbbero i romani,

che vuol dire ordine) di agire in suo nome (se per esempio Filiberto avesse detto a Carmine di agire in suo nome).

Attenzione però a giocare con queste cose eh. Che se tutto ciò finisce per integrare il reato di cui all'art. 494 del codice penale, ossia il reato di sostituzione di persona, allora ovviamente l'atto civilistico sarà nullo. Questo articolo ci dice proprio che chi fa finta di essere un altro ed inganna una persona per recare ad altri un danno o a sé un vantaggio, è punito.

**Il falso nome poi può essere utilizzato anche nei negozi che hanno effetto obbligatorio.** Per esempio, se Paolo, dicendo di essere Virgilio, promette una somma a Catone. Virgilio non avrà un'obbligazione, perché Paolo non ha i poteri per far sorgere un'obbligazione in capo a Virgilio ed allo stesso tempo nemmeno Paolo sarà obbligato, perché non ha dichiarato di voler far sorgere un'obbligazione presso di sé. Tuttavia Paolo rischia per questa sua bravata, infatti se Catone dichiara che lui ha contrattato con Paolo e che Paolo ha usato il nome di Virgilio solo come apparenza, senza voler identificare una persona, insomma se ha usato il nome Virgilio ma era chiaro che c'era Paolo dietro e quindi ha usato il nome di Virgilio come demonstratio e non come segno di identificazione, allora Paolo non potrà dire il contrario e dovrà adempiere all'obbligazione che a questo punto sarà sorta presso di lui.

Potremmo dire che normalmente nei contratti che hanno efficacia obbligatoria, cioè fanno sorgere obbligazioni (come, per esempio, l'obbligo di dare del danè a qualcuno), allora esso non produrrà effetti verso chi appare emittente della dichiarazione. Però si potrà affermarne la validità quando ci sia la colpa di chi appare emittente e la buona fede del destinatario.

Quando poi la falsa paternità non rispetta i requisiti formali imposti dalla legge, il contratto sarà viziato in modo poco rimediabile.”

“Ma io posso emettere una dichiarazione contrattuale con il mio telefonino?”

“Allora, partiamo dagli albori, ossia dal **telex, telefax e fax a mezzo computer**.

Praticamente oggi queste tecnologie non si usano più, ma quando io ero più giovanotto si usavano molto. Praticamente attraverso la rete telefonica si inviavano dei documenti scannerizzati. Già col fax a mezzo computer i documenti poi si inviavano digitalmente. Adesso è arrivato la **posta elettronica** che è così comoda. Possiamo individuare come differenza fra telefax / fax e telegramma il fatto che i primi non necessitano, a differenza del telegramma, dell'intermediazione di un terzo per la trasmissione del messaggio. Più che altro il problema per telefax e fax è individuare il mittente. Diciamo che *per inviare questi messaggi è necessario un apparecchio, una macchina la quale ha un proprietario, che quindi potrà essere ritenuto responsabile.*

Ora, *se noi utilizzassimo come principio quello per il quale la dichiarazione contrattuale vincola chi ha dichiarato, allora il telefax e il fax non proverebbero nulla, perché chi li usa non dichiara direttamente, ma lo fa tramite un apparecchio. Il problema però si risolve facilmente se adottiamo come principio quello per il quale la responsabilità contrattuale sorge in capo a chi è giuridicamente responsabile per una dichiarazione creatrice d'affidamento perché in questo caso chi usa l'apparecchio è direttamente responsabile della dichiarazione che questo invia.*

Il fax poi, riproducendo il documento con tanto di autenticazione, **può essere considerato una scrittura privata**. Mentre non possono essere considerate tali le dichiarazioni fatte tramite registratori perché esse sono soltanto orali.”

“Ma se io al posto di fax e telefax, che non è nemmeno capito bene cosa sono, uso una semplice mail?”

“Beh un contratto concluso per posta elettronica non è tanto diverso da un contratto concluso con le classiche lettere cartacee. Quello che mi interesserebbe citare qui è però il **contratto telematico**: *si parla di contratto telematico quando la comunicazione passa attraverso un sito*. Che poi il contratto potrebbe anche essere elaborato automaticamente dallo strumento, seguendo le istruzioni dell'uomo. Per essere terra terra, hai presente quando compri qualcosa tramite quel sito famoso che ti fa arrivare la roba il giorno dopo, ebbene, quello che tu concludi su quel sito è esattamente un contratto telematico. *Ma un contratto così concluso proverà da chi proviene la dichiarazione?* Quando concludi un contratto telematico si può risalire al computer che ha emesso la dichiarazione, ma chi ha accesso al computer? Quale persona fisica ha fatto l'accesso al computer? Purtroppo, non esiste un librone con scritto per ogni computer chi ci accede. In alcuni casi si potrà anche pervenire a chi usava il computer nel momento della dichiarazione (per esempio se c'era stato uno scambio di e-mail prima della comunicazione), in altri non sarà così facile.

Dal concetto di contratto telematico, passiamo ora a quello di **documento informatico**. Innanzitutto, esso è un **documento digitale salvato su un supporto**.

Chi è responsabile per le dichiarazioni, per i documenti informatici inviati tramite un computer? Nel campo antico del telegrafo l'art. 1433 ci permette di dire che basta l'incarico affidato nell'ufficio del telegrafo per imputare la dichiarazione al mittente. Nel campo più moderno dei computer funziona allo stesso modo: *chi mette in moto un computer deve poi far fronte agli affidamenti che esso scatena attraverso le dichiarazioni che esso invia, anche se queste dichiarazioni sono state inviate da un suo incaricato. Questo anche se chi invia il messaggio è un terzo estraneo che ha avuto accesso al computer per difetto di sorveglianza di colui che legittimamente deteneva il computer. Poi ovviamente se è riconosciuto o almeno era riconoscibile che il terzo che*

inviava la dichiarazione lo faceva illecitamente e senza i poteri necessari, allora l'affidamento del destinatario non sarà più tutelato.

Praticamente se tu nella tua impresa di vendita dei calzini dici a tua sorella di inviare le proposte di vendita a vari utenti, poi tu risponderai di tali dichiarazioni e non potrai dire al terzo che non hai inviato tu le proposte, perché l'affidamento che hai generato nel terzo è tutelato.”

## **CAPITOLO VI QUESTA DICHIARAZIONE CONTRATTUALE DEVE PUR ESSERE RICEVUTA!**

Pasquale e Renato erano ormai quasi arrivati a casa. L'ultimo pezzo del cammino era il più suggestivo. Dovevano salire lungo un sentierino su una collinetta. Bassi alberi le cui frasche gli accarezzavano il capo li affiancavano mentre salivano nell'ombra sempre più fitta illuminata dai dolci lumi delle lucciole.

“È proprio ripida questa strada, però è bella” disse Renato

“Anche io vorrei che non finisse mai” rispose Pasquale

“A proposito, quand'è che finisce un contratto, quand'è che si conclude o, per meglio dire, quand'è che si perfeziona?”

“Ancora con sto contratto!”

“La dichiarazione contrattuale è recettizia, cioè, si perfeziona quando viene ricevuta.

L'art. 1326 del codice civile infatti ci dice:

“Il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte”

Ma quand'è che uno ha conoscenza, ti potresti chiedere. Ecco che ci viene subito in soccorso l'articolo 1335 cc, che stabilisce il cosiddetto **principio della presunzione di conoscenza**:

“La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia”

Che poi l'aspettativa del dichiarante alla conoscibilità della dichiarazione viene tutelata solo se il dichiarante al momento della spedizione ignora che la dichiarazione non fu conosciuta dal destinatario.

Qualcuno dice che l'art. 1326 regola anche il luogo della conclusione del contratto e che, per esempio, se l'accettazione è fatta per telefono, il luogo della conclusione è quello in cui si trova il proponente.

Ma com'è che si fa ad arrivare al momento della ricezione? Beh, ci vuole una spedizione, che viene anche chiamata indirizzamento. Se io faccio una dichiarazione e poi me la tengo nel cassetto non viene ricevuta, ma anche se la do ad un estraneo che non c'entra nulla con la mia proposta contrattuale. Io poi posso spedire anche attraverso un incaricato, come abbiamo ampiamente visto. Se per esempio dico al mio dipendente di imbucare la lettera con la dichiarazione contrattuale, questo vale come spedizione. In particolare, si avrà spedizione / indirizzamento nel momento in cui io consegno la busta al mio dipendente.

Poi c'è anche il **caso in cui io spedisco una dichiarazione contrattuale per errore**. Per esempio, quando fai gli auguri di Natale e invii le cartoline, magari ci infili in mezzo pure una proposta contrattuale per l'acquisto di un ventilatore super potente. Son cose che capitano. Oppure hai presente Raffaè, quello che ha il tic nervoso ed alza sempre il braccio: ecco, metti caso che passi vicino ad una casella delle lettere con una dichiarazione contrattuale e per sbaglio la imbuchi. Qua la dichiarazione viene spedita per distrazione, involontariamente, però comunque la dichiarazione esiste.

Se la spedizione avviene ad opera del dichiarante per distrazione, l'involontarietà del gesto con cui la dichiarazione è stata spedita può dar luogo ad uno dei vizi del consenso (non ti preoccupare, li vedremo più avanti i vizi del consenso. Per ora ti basti sapere che essi sono errore, violenza e dolo e che in questo caso quello che mi pare più appropriato è l'errore)

Ma c'è anche un altro caso astruso: quello della **dichiarazione inidonea ma efficace**: per esempio, io imbuco una dichiarazione in una casella della posta rotta. Arriva il tecnico per aggiustarla, vede la mia dichiarazione e la porta all'ufficio postale perché sia spedita: anche qui sicuramente la dichiarazione esiste.

Poi c'è il caso in cui preparo una dichiarazione contrattuale e la lascio sulla mia scrivania. **La persona alla quale questa è destinata, viene nel mio ufficio e la vede.** Tuttavia, io non gliela ho spedita, quindi la dichiarazione non ha valore.

Poi c'è anche il caso in cui la **dichiarazione viene spedita contro il volere del dichiarante** (in latino si dice invito domino) e questa dichiarazione venga recapitata al destinatario il quale ignora che il dichiarante non voleva in realtà spedirgliela. Per esempio, nella tua impresa di calzini tu, per esempio, scrivi una proposta di acquisto di 1000 kg di cotone e la lasci sulla tua scrivania. In realtà non vuoi spedirla, perché stai ancora riflettendo se chiedere 1000 kg o 1500 kg. Però tua sorella, che è sempre sbrigativa, prende la proposta e la invia al fornitore. Ora il fornitore non sa che tu non volevi spedirla. Cosa succede qui? Sembra applicabile il 1433 che ci parla di errore nella trasmissione e sembra anche applicabile il principio di apparenza, per cui l'affidamento del destinatario è tutelato a patto che ci sia colpa del dichiarante (per esempio hai lasciato la proposta nel luogo dove di solito lasci le proposte che devono essere spedite, per cui sembrava proprio che tu volessi spedire tale dichiarazione) e l'affidamento del destinatario stesso sia incolpevole (cioè che non si sia accorto della mancanza di volontà di spedire quella dichiarazione contrattuale. Per esempio magari sulla dichiarazione c'era scritto "prova" ma lui fa finta di niente perché ha voglia di vendere i suoi mille kg di cotone e incassare i soldi: in tal caso non si potrà certo dire che l'affidamento del destinatario fu incolpevole perché lui sapeva benissimo che quella dichiarazione mancava della volontà di essere spedita e quindi il principio di apparenza non si potrà applicare)."

Poi ci sono alcuni **contratti che necessitano di una spedizione condotta in un certo modo**, per esempio, la donazione che necessita dell'atto pubblico, se non di modico valore, e della consegna della cosa, o la raccomandata."

"Mamma mia ma non può essere che io spedisco una dichiarazione e questa arriva e basta?"

"Sì è quello che avviene nel 99 % dei casi, ma noi nel diritto dobbiamo cercare i casi particolari, quelli che causano problemi, quelli patologici.

Abbiamo visto che c'è una presunzione di conoscenza secondo l'art. **1335**, che collega questa presunzione all'arrivo della dichiarazione nell'indirizzo del destinatario. Questo arrivo è molto importante, tantoché è nata anche la **dichiarazione di ricevimento del messaggio**.

Molti si chiedono se c'è arrivo quando la dichiarazione non è stata ricevuta da una delle persone autorizzate secondo l'art.37 del regolamento di esecuzione del codice postale o se è mancato il rispetto di tale regolamento? Devo dire che la giurisprudenza non è tanto puntigliosa su questo campo.

Quindi *se tu invii una lettera con una dichiarazione contrattuale a Fabio, si presume che Fabio l'abbia conosciuta nel momento in cui la lettera perviene all'indirizzo di Fabio o viene consegnata ad una delle persone autorizzate a ricevere la lettera per conto suo.*

Eh se per assurdo colui che ha ricevuto la dichiarazione dice che la dichiarazione che ha ricevuto è diversa da quella che gli ha spedito il mittente? Sicuramente la buona fede gli rende difficile farlo, ma se proprio lo fa, si può chiamare qualcuno a testimoniare sull'uguaglianza dei due atti, come un dipendente di colui che ha spedito.

Ovviamente se la dichiarazione è fatta a voce non nascono tutti questi problemi, dato che la dichiarazione è fatta in presenza dell'altra persona e quindi dichiarazione, spedizione ed arrivo tutte avvengono immediatamente.”

“Ma quando l'art. 1335 dice “**indirizzo del destinatario**” cosa intende?”

“Beh non si capisce effettivamente se si riferisce alla residenza (il luogo in cui il destinatario abita) o al domicilio (il luogo dove svolge la sua attività lavorativa). **Diciamo che la pratica dice che l'indirizzo è il luogo individuato dall'accordo delle parti. Se non è stato indicato, si ritiene che sia valido come indirizzo tanto la residenza quanto il domicilio.**”

“Ma scusa, ma se io per esempio rompo la casella delle lettere o butto via il computer con la sua casella di posta elettronica perché non voglio ricevere dichiarazioni contrattuali?”

“Qui saremmo nel **caso della recezione resa impossibile dalla malizia del destinatario**. Per quanto riguarda una proposta contrattuale, se una parte per il polo nord per non riceverla, non c'è nessun problema: tanto uno non è obbligato ad accettare la proposta o a considerarla. Invece per quanto riguarda l'accettazione seguente alla proposta, in qualche caso non ci saranno problemi, ma in qualche caso potrà essere invocato l'art.1337 che ci dice che nelle trattative che tendono alla formazione del contratto bisogna adoperare la buona fede. *Quindi se uno dopo aver inviato la proposta scappa al polo sud per non ricevere l'accettazione della sua stessa proposta, si potrebbe dire che non si sta comportando lealmente e che non sta seguendo il dovere di buona fede.*

Ma questa questione della malizia del destinatario è importante soprattutto per quanto riguarda quelle dichiarazioni con cui un contraente esercita una propria facoltà, un proprio potere. Questi si chiamano **diritti potestativi**, ossia diritti di far valere un proprio potere, come può essere il potere di recedere da un contratto, il potere di disdire, di licenziare, diffidare e così via. *In questi casi se uno fa finta di non conoscere la ricezione, allora si è nel campo dell'ignoranza colpevole che allora viene equiparata alla conoscenza. Quindi se uno fa finta di non aver saputo si considera come se avesse conosciuto. Ma anche l'ignoranza incolpevole o l'impossibilità della ricezione per fatto del destinatario possono subire lo stesso trattamento.*

Mettiamo per esempio il caso in cui tu ti sia abbonato ad una compagnia telefonica sconosciuta che offre un prezzo molto competitivo ma poi scopri che ha un segnale bassissimo perché ha un solo traliccio, anche rotto, in campagna. Constatando la scadenza del servizio, decidi di recedere. Tuttavia, invii la dichiarazione di recesso ma la compagnia telefonica fa finta di non riceverla e non ti risponde e così ti fa continuare a pagare. A questo punto interviene il nostro amato diritto che trasforma quella finzione di ignoranza in conoscenza, e quindi la compagnia telefonica non può più fare finta di non sapere.

In generale potremmo dire che *quando l'invio della dichiarazione è fatto per esercitare un diritto potestativo, colui che invia è assolto dall'onere che la legge gli impone quando fa tutto quello che è in suo potere per comunicare la dichiarazione alla controparte.*

Come possiamo giustificare giuridicamente questo trattamento. Beh possiamo fare un'**analogia iuris**, ossia una similitudine giuridica, **fra l'esercizio di un diritto potestativo** (come il recesso) **ed una condizione** (per esempio, se attraverserai la strada, il contratto si concluderà), e la legge disciplina la condizione con l'art 1359 il quale dice che se l'avveramento della dichiarazione è reso impossibile dalla controparte, allora la condizione si considera avverata.

Per quanto riguarda la **raccomandata**, se essa non viene consegnata per assenza del destinatario, conta, come momento dell'arrivo, il momento del rilascio dell'avviso di giacenza.

Due regolette per il **contratto telematico**: si perfeziona quando proposta e accettazione si completano digitalmente, per esempio quando il messaggio è trasmesso all'indirizzo elettronico dichiarato dal destinatario. Per quanto riguarda il luogo di conclusione del contratto, esso si lega all'identificazione dell'ultima operazione necessaria per la perfezione della fattispecie.”

“Ma scusa ma se qualcuno mi invia una dichiarazione che arriva al mio indirizzo (e quindi si presume conosciuta) ma io non la leggo perché sono malato o assente, essa è efficace?”

“Allora, *secondo la dottrina oggettivista, l’art. 1335 difenderebbe il destinatario soltanto se si dimostra che l’arrivo della dichiarazione nella sua sfera è stata impedita da una forza maggiore che operi fuori dalla sfera soggettiva del destinatario medesimo*. Poi qualcuno ha fatto notare che l’art. 1335 opera solo per le dichiarazioni scritte (dette **dichiarazioni incorporate in un documento**) fatte tra persone lontane, perché altrimenti si dovrebbe affermare la conoscibilità della dichiarazione orale fatta nello studio del destinatario mentre il destinatario è assente. Per regolare queste **dichiarazioni orali** (pensiamo per esempio al caso in cui io faccio una dichiarazione a Paolo mentre non mi ascolta perché sta parlando con Alberto), possiamo utilizzare alcune regole, per esempio: *se al dichiarante nel momento in cui emette la dichiarazione consta che questa non è arrivata a conoscenza del destinatario, non ha una ragione seria per contare sugli effetti della dichiarazione stessa*.

Ovviamente un’altra regola è quella per la quale *il destinatario non può, per far valere l’inefficacia del contratto, allegare la propria omissione colposa*. Poi, *il dichiarante può far valere la mancata conoscenza della dichiarazione da parte del destinatario per concludere che la dichiarazione non creò affidamento*. Quindi può dire “il destinatario non ha mai saputo della mia dichiarazione, quindi io non sono vincolato.”

“E può una dichiarazione completarsi per fatti concludenti?”

“Certo, *la dichiarazione fatta per fatti concludenti è conclusa quando la persona destinataria del fatto concludente lo ha conosciuto*. Per esempio, se tu chiedi 5 kg di stoffa e questa ti viene inviata ancor prima che il fornitore ti abbia mandato la dichiarazione di accettazione, allora il contratto si conclude nel luogo e momento in cui la merce ti viene consegnata.

Come abbiamo già accennato è possibile che il messaggio possa essere recepito da terze persone ausiliarie dei contraenti come può essere per esempio un dipendente, un familiare, o il portinaio del destinatario. *Se queste figure ausiliarie del destinatario smarriscono il messaggio*, cosa si può fare? Beh per il caso del lavoratore ad esempio, possiamo applicare l’**art. 2049 cc**, il quale ci dice:

“I padroni e i committenti sono responsabili per i danni arrecati dal fatto illecito dei loro domestici e commessi nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti”

“Ma invece come si procede per quanto riguarda l’**offerta al pubblico** di cui mi hai parlato prima, tipo l’offerta dei prodotti in un supermercato?”

“Allora, per essere rapidi, ti dico che *l’offerta al pubblico si perfeziona nel momento in cui viene resa pubblica*. Quindi nel momento in cui si espone la merce sugli scaffali col relativo prezzo, questa è una proposta al pubblico perfezionata dalla pubblicità. Quindi non è necessaria la conoscenza del particolare contraente, ma basta la pubblicità in

generale. Coerentemente, l'art.1336 comma 2 sulla revoca dell'offerta al pubblico ci dice:

“La revoca dell'offerta, se è fatta nella stessa forma dell'offerta o in forma equipollente, è efficace anche in confronto di chi non ne ha avuto notizia”

## **CAPITOLO VII OVVERO QUANDO CADONO LA PROPOSTA E L'ACCETTAZIONE**

Dopo essere saliti sulla collina erano finalmente arrivati a casa. Meritato riposo! Salutarono Gabriella, che stava preparando una bella pasta e fagioli. Mangiarono, e poi si sedettero sulla sedia a dondolo nella veranda di legno, coperti dal cielo stellato.

“Ma se io facessi una dichiarazione contrattuale, poi questa sarebbe per sempre valida o potrei tirarmi indietro?”

“Allora questa materia è disciplinata in modo molto chiara dal nostro venerando codice.

L'1326, secondo e terzo comma, ci parla della caducazione, che è diversa dalla revoca. Nel caso della **caducazione**, semplicemente la dichiarazione perde i suoi effetti per decorso di un termine, mentre nel caso della **revoca** c'è una volontà di una delle due parti di tirarsi indietro dalla dichiarazione contrattuale:

“L'accettazione deve giungere al proponente nel termine da lui stabilito o in quello ordinariamente necessario secondo la natura dell'affare o secondo gli usi.

Il proponente può ritenere efficace l'accettazione tardiva, purché ne dia immediatamente avviso all'altra parte”

Quindi se passa il termine che il proponente (attenzione: il proponente) aveva stabilito, o quello ordinario secondo gli usi, allora l'accettazione va incontro alla caducazione. Tuttavia, anche se l'accettazione arriva in ritardo, il proponente potrebbe ritenerla valida, ma deve darne subito avviso all'altra parte.

Invece l'art 1328 ci parla della revoca sia della proposta che dell'accettazione:

*“La **proposta** può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto.*

*L'**accettazione** può essere revocata, purché la revoca giunga a conoscenza del proponente prima dell'accettazione”*

Poi per la verità ci sono dei casi di proposta irrevocabile:

è il caso della **proposta irrevocabile per volontà del proponente (1329)**:

“Se il proponente si è obbligato a mantenere ferma la proposta per un certo tempo, la revoca è senza effetto.

*Nell'ipotesi prevista dal comma precedente, la morte o la sopravvenuta incapacità del proponente non toglie efficacia alla proposta, salvo che la natura dell'affare o altre circostanze escludano tale efficacia”*

O quello dell'**irrevocabilità della proposta per convenzione (opzione) 1331** cc:

“Quando le parti convengono che una di esse rimanga vincolata alla propria dichiarazione e l'altra abbia facoltà di accettarla o meno, la dichiarazione della prima si considera quale proposta irrevocabile per gli effetti previsti dall'articolo 1329.

Se per l'accettazione non è stato fissato un termine, questo può essere stabilito dal giudice”

O di quella **irrevocabile per l'oggetto della proposta** (ossia obbligazioni per il solo proponente) **1333** (che abbiamo già visto):

*“La proposta diretta a concludere un contratto da cui derivino obbligazioni solo per il proponente è irrevocabile appena giunge a conoscenza della parte alla quale è destinata.*

*Il destinatario può rifiutare la proposta nel termine richiesto dalla natura dell'affare o dagli usi. In mancanza di tale rifiuto il contratto è concluso”*

*Poi ci sono anche norme fatte più di recente che consentono al contraente che non ha potuto ponderare bene la propria decisione ed al consumatore che ha accettato frettolosamente una clausola pregiudizievole, di rimuovere il consenso già dato*

L'art.1334 ci dice:

“Gli atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati”

Quindi *la revoca produce effetto sola dal momento in cui perviene al destinatario.*

**Il rifiuto**, fra gli articoli che abbiamo visto, è presente solo nel 1333, ossia nell'articolo dedicato alla proposta irrevocabile. Ma possiamo dedurre che il rifiuto produce effetto nei confronti di qualsiasi proposta contrattuale. Poi per vedere bene tutti i cavilli, il rifiuto può essere viziato? Normalmente non è molto importante, perché, anche se non si è certi del rifiuto, una persona che non rifiuta non invia l'accettazione e quindi anche la proposta contrattuale cade. Tuttavia, il problema diventa più rilevante se, dopo il rifiuto viziato, interviene l'accettazione. In questo caso, dovremo considerare il rifiuto viziato valido, ed in questo modo togliere valore alla dichiarazione, o il contrario? Lo stesso si può dire nel caso in cui il rifiuto viziato sia emesso contro una proposta, come quella dell'articolo 1333, che non richiede accettazione; non essendoci l'accettazione, non possiamo utilizzare la mancata accettazione per dedurre il rifiuto dell'accettante, e

quindi sorge la domanda: il rifiuto viziato è valido? Possiamo regolare tutti questi casi con l'art. 1337, che impone di seguire la buona fede nelle trattative contrattuali. Quindi, *per valutare se il rifiuto viziato vale o no bisogna vedere per esempio se il proponente poteva rendersi conto utilizzando la buona fede del fatto che l'accettante non voleva vincolarsi alla proposta*. Poi c'è chi dice che il rifiuto sia solo un indice rivelatore di una mancanza di volontà, un dato di fatto e quindi non sia soggetto alle regole di validità degli atti (forma, vizi del volere etc.)

Un altro problema è: *se dopo che il ricevente riceve la proposta manda una controproposta, o manda un'accettazione difforme dalla proposta, questa differenza fra la proposta e l'accettazione deve considerarsi come se fosse implicito in esse un rifiuto*. Non sembrerebbe perché se fosse implicito in esse un rifiuto, esse farebbero cadere gli effetti della proposta, mentre invece bisogna ritenere che se poi il proponente non accetta la controproposta o l'accettazione difforme, il destinatario della proposta possa ancora accettare la proposta originaria.

Ma dobbiamo capire bene la questione dell'irrevocabilità. Innanzitutto, *ci può essere una proposta irrevocabile per volontà privata*, come ci dicono gli articoli 1329 (proposta irrevocabile), 1331 (opzione) e 1333 (contratto con obbligazioni del solo proponente) o, *in casi speciali, in forza della legge*, come avviene nel caso dell'articolo 1887 che riguarda l'efficacia della proposta nel **contratto di assicurazione**. Ebbene, questo articolo ci dice che la proposta scritta diretta all'assicuratore rimane ferma per 15 giorni e questo avviene ex lege. Perché la legge decide di intervenire? Essenzialmente, perché vuol dare a quel povero disgraziato dell'assicuratore il tempo per verificare se è opportuno concedere l'assicurazione, per vedere quant'è il rischio che il potenziale assicurato gli farebbe correre. È ovvio che non darebbe mai un'assicurazione contro gli incendi a quel piromane di Filano, e quindi grazie a quei quindici giorni in cui la proposta rimane per legge ferma, l'assicuratore può accorgersi che Filano è un piromane e così decidere in modo ponderato se concedergli o meno l'assicurazione contro gli incendi.

Allora, **sono sottratte alla revoca le proposte dovute**. E che sono ste proposte dovute? Per esempio, *quelle che seguono ad un contratto preliminare*: quando due persone stipulano un contratto preliminare per l'acquisto di una casa, questo contratto preliminare le obbliga poi a concludere il contratto definitivo; quindi, in questo caso, non si può revocare la proposta.

Ma allora *al contrario sarà revocabile la proposta che concluderebbe un contratto da cui si potrebbe recedere ad nutum*, cioè da cui il contraente potrebbe recedere quando vuole. *E se invece per il recesso viene richiesto di pagare una penale, allora anche per revocare la proposta bisognerà pagare una penale*. Per esempio, tu prendi in locazione per un anno lo sgabuzzino da nonna Rita, e poi all'improvviso, dopo due mesi, decidi di recedere: dovrai pagare cento euri di penale; se tu hai dato la proposta per un contratto

di locazione da cui per recedere dovrai pagare una penale, allora anche per revocare la proposta dovrai pagare una penale. In poche parole, *la regola è che se per il recesso da un contratto sono necessari certi requisiti, tali requisiti saranno necessari anche per revocare la proposta contrattuale.*

Compariamo adesso gli articoli 1329 e 1331, il primo ci parla di un'obbligazione che è mantenuta ferma "per un certo tempo" deciso dal proponente, il secondo ci dice che nel caso in cui per l'accettazione non sia stato fissato un termine, esso può essere fissato con sentenza dal giudice. Nel primo caso la norma parla di un **termine negoziale**, nel secondo di un **termine giudiziale**. Diciamo subito che la giurisprudenza ha detto che *il termine è un elemento essenziale della proposta irrevocabile*, perchè poverino, colui che propone non può rimanere vincolato alla sua proposta per sempre, così che per tutta la sua vita stia con la paura che l'accettante potrebbe accettare.

Gli articoli 1329 e 1331 sono diversi poi perché *nel primo è una parte da sola che si obbliga, nella seconda si parla di una convenzione fra le parti in cui decidono che il proponente mantenga ferma la sua proposta per un periodo che, se non stabilito dalle parti, verrà deciso dal giudice. Nel caso del 1329, se il proponente fa una proposta da cui derivano obbligazioni solo per lui, allora l'art. 1333 ci dice che questa proposta è irrevocabile e che il contratto si considera concluso salvo rifiuto della controparte.* Questo impegno a mantenere ferma la proposta senza chiedere nulla in cambio alla controparte (il 1333 ci dice proposta con obbligazioni del solo proponente) comporta soltanto un sacrificio per il proponente, ed è quindi giusto che sia contenuto entro certi limiti di tempo, per non tenere il proponente in balia dell'accettante. Questo termine dovrà essere valutato in base al sacrificio che la parte intendeva accollarsi.

Se per esempio tu dici a Marilù: "non ti preoccupare mi accollo io il tuo debito di venti euro che hai fatto per comprarti le ciabatte", questa proposta comporta soltanto obbligazioni per te e quindi vale come proposta irrevocabile. La proposta si considera irrevocabile appena giunge a Marilù che può rifiutarla. Se non la rifiuta il contratto si conclude secondo la natura dell'affare o gli usi. Ed è questo il termine, cioè il tempo che separa l'arrivo della proposta a Marilù e la conclusione del contratto, questo è il termine in cui la proposta rimane irrevocabile. La lunghezza di tale termine verrà valutata anche in base al sacrificio a cui ti sei esposto nel fare questa proposta di accollo di debito.

Invece *nel caso dell'articolo 1331, in cui l'irrevocabilità è decisa con convenzione, l'irrevocabilità è assicurata dietro una contropartita, dietro un pagamento, ed ecco perché è necessaria l'accettazione del destinatario della proposta, perché deve accettare di pagare tale contropartita in cambio dell'irrevocabilità della proposta.* Per esempio, tu volevi vendere il tuo orto di 1 mq ad Asdrubale e gli hai detto "ti vendo il mio orto per 100 euro, e se mi dai 10 euro tengo ferma la proposta". Ovviamente poi più è

alto il prezzo dell'opzione, ossia del tempo in cui io tengo ferma la proposta, più sarà lungo il termine. In questo caso, l'utilità di mantenere ferma una proposta, sta nel tentativo di rendere più seria e stabile la proposta.

Ma una volta che scade il termine in cui la proposta rimane ferma, cosa succede? Non è ben chiaro se cade la proposta o la proposta rimane in vita semplicemente come proposta revocabile. Si tratta di una questione di volontà delle parti secondo molti interpreti.

Dobbiamo occuparci, infine, dei **contratti sollecitati da porta a porta**. Lucrezio, ad esempio, quello che passa su tutti i pianerottoli a chiedere se qualcuno vuole comprare i nuovi pentoloni americani, e cerca di convincerti in tutti i modi. Qui c'è l'esigenza di proteggere il consumatore, sia nel caso in cui costui, sollecitato da Lucrezio, accetti la sua proposta contrattuale, sia nel caso in cui costui, invitato da Lucrezio, emetta lui stesso una proposta di acquisto. *Come si fa a proteggere il povero consumatore? Gli si assegna un termine in cui lo stesso può decidere di recedere.* È un **termine di pentimento** che serve per non far perfezionare quel silenzio che farebbe risultare ponderata la volontà espressa dal consumatore durante la contrattazione da porta a porta. Quindi magari il consumatore, due giorni dopo aver acquistato i pentoloni per diecimila euro, si pente e decide di non far concludere il contratto.”

## CAPITOLO VIII OVVERO LA PROPOSTA E L'ACCETTAZIONE DEVONO ESSERE UGUALI

“Oh guarda Renato, quella è una stella cadente”

“No, è il faro da mille euri di Nando, non fare il romantico dai. Torniamo alle cose importanti. **L'accettazione e la proposta devono avere lo stesso contenuto.** Se un'accettazione contiene delle variazioni vale come nuova proposta. Poi abbiamo l'accettazione conforme alla proposta accompagnata da una proposta di modifica. In questo caso il contratto si conclude regolarmente, salva la possibilità per il proponente di accettare o meno la proposta di modifica.

**L'accettazione per essere valida deve avere tutti i requisiti di forma o di altra natura eventualmente richiesti dal proponente.** C'è da dire che se l'accettante non rispetta la forma, ma il proponente lo stesso ritiene l'accettazione impegnativa, allora il proponente può decidere di accettarla, dandone però avviso alla controparte.

Due ultime postille: non sempre il contratto si conclude linearmente con una proposta ed un'accettazione, a volte anzi questa proposta e accettazione si fondono. Pensiamo ad esempio ad un contratto fatto in presenza da due parti, in cui una propone una cosa e l'altro un'altra per un po' di tempo: alla fine, qual è la proposta, quale l'accettazione. Siamo nel campo delle **dichiarazioni comuni ed indistinte**. Per quanto riguarda le **dichiarazioni incrociate** il contratto si conclude quando entrambe le dichiarazioni siano giunte a destinazione.

Ultima postilla: **un contratto è divisibile?** Cioè, se Alfiero compra da te dieci calzini, ha fatto dieci contratti o uno. Anche questa è una questione di fatto, che dipende dalla volontà delle parti. Lo stesso vale per i contratti che hanno un nucleo principale ed un accessorio. Ad esempio, se io compro una casa, in essa è presente anche il bagno in giardino: la casa è il contenuto principale e il bagno è l'accessorio. Quindi ho fatto un solo contratto con cui ho comprato tutto o due contratti? Non bisogna cercare di dividere troppo i contratti... La separabilità del contratto può anche essere collegata alla struttura soggettiva dello stesso: ad esempio compro un terreno da quattro

comproprietari, tre mi danno il consenso ed uno no: l'accettazione dei tre è efficace? Anche questo problema si deve ricondurre alla volontà delle parti.

## CAPITOLO NOVE OVVERO COME SI CONCLUDE IL CONTRATTO CON PIÙ PARTI

“Andiamo a dormire?”

“Prima: come si conclude il contratto plurilaterale? Innanzitutto, che cos'è un **contratto plurilaterale**? Per esempio un prestito con intervento di un garante: Polemone fa un mutuo con la Banca Cipollotti, e Polemone si fa garantire il debito dal papà Cicalone. Ci si chiede, per concludere questo contratto è necessario che le accettazioni pervengano a Polemone oppure ogni accettazione deve pervenire anche alle altre parti del contratto e quindi per esempio la banca Cipollotti non deve inviare soltanto la sua accettazione a Polemone, ma anche a Cicalone. Dal 1326 e dal 1332 che, in materia di contratti aperti all'adesione di altre persone, ci dice che l'accettazione del contratto deve pervenire o all'organo istituito a tal fine, o ad ognuno delle altre parti, *qualche dottrinario ha detto che ogni accettazione deve pervenire al proponente e ogni altro oblato (parte del contratto). Ogni parte potrà far valere il proprio affidamento solo in relazione alle dichiarazioni ricevute, ed ogni parte potrà ridiffondere intorno a sé le dichiarazioni ricevute (infatti la proposta inviata ad una delle parti ha conclusione anche verso le altre).* Secondo qualcuno poi la proposta e le accettazioni possono essere revocate legittimamente purché la revoca giunga prima che il contratto si concluda, e quindi prima che l'ultima accettazione sia recapitata. Per altri, intervenuta la proposta ed un'accettazione, il proponente ha diritto di confidare definitivamente nell'accettazione ricevuta, come l'accettante ha diritto di confidare nella proposta. In attesa della decisione degli altri oblato, possono provvedere alla revoca nei rapporti interni ed anche alla revoca della proposta nei confronti degli oblato che non si sono ancora pronunciati. Anche la proposta per creare un contratto plurilaterale può essere munita di clausola di irrevocabilità e può formare oggetto di un patto di opzione.

Per quanto riguarda l'**adesione a contratti aperti**, citerò soltanto il 1332 che abbiamo già citato perché ho sonno Pasquale:

*“Se ad un contratto possono aderire altre parti e non sono determinate le modalità dell'adesione, questa deve essere diretta all'organo che sia stato costituito per l'attuazione del contratto o, in mancanza di esso, a tutti i contraenti originari”*

*È fatta salva ogni determinazione che fissi modalità diverse.*

## CAPITOLO X LE CONDIZIONI GENERALI DI CONTRATTO

Adesso era proprio ora di andare a dormire. Pasquale aveva la testa a rottami dopo tutte quelle disquisizioni sui contratti: “bilateralità”, “proposta irrevocabile”, “contratto concluso mediante esecuzione” vorticavano confusamente nella sua testa e si mescevano, insieme a numeri volanti come “1333” “1327” “1337” “1433”. Si sentiva stordito e, come raggiunse il suo morbido letto, si addormentò di sasso. Inutile dire che quella notte sognò un immenso contratto, pieno di clausole.

Stop. Luce. Si sveglia, va al tavolo sulla veranda. Frutta fresca e rugiadosa lo attende per un'ottima colazione. Di fronte a lui, Renato, già arzillo anche se ancora in vestaglia da notte col cappellino a punta che gli penzola sulla spalla.

“E da questa notte, caro Pasquale, che pensavo, ed il pensiero non mi dava pace, che ti ho parlato di molte delle cose che riguardano la formazione del contratto ma non ti ho detto una cosa fondamentale, ossia le **condizioni generali di contratto**.”

Praticamente nel mondo moderno ci sono delle grandi aziende che offrono servizi e prestazioni standardizzate ad una vasta massa di clienti, che vengono chiamati **consumatori**. I produttori invece vengono chiamati **professionisti**. Cosa succede, che queste aziende propongono a tutti i consumatori dei **contratti standard**, e quindi la legge è intervenuta per assicurarsi che tali contratti non ledano l'interesse del consumatore, anche perché gli imprenditori hanno più potere decisionale, essendo loro che propongono la merce.

Di certo abbiamo due pietre miliari in questo campo, che sono l'art. 1341 e 1342 del nostro Codice civile

Partiamo dal **1341 cc**:

*“Le condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti sono efficaci nei confronti dell'altro, se al momento della conclusione del contratto questi le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.*

*In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, facoltà di recedere dal contratto o di sospenderne l'esecuzione, ovvero sanciscono a carico dell'altro contraente decadenze, limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti coi terzi, tacita proroga o rinnovazione del contratto, clausole compromissorie o deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria”*

Questa disposizione è composta da due commi: nel primo si dice che le **condizioni generali** predisposte da uno dei contraenti sono valide nei confronti dell'altro se questo le ha conosciute o avrebbe dovuto conoscerle usando l'ordinaria diligenza.

Nel secondo comma si dice che fra queste clausole generali ve ne sono alcune, chiamate **clausole vessatorie**, che data la loro potenziale pericolosità per il consumatore, necessitano di essere specificamente approvate per iscritto.

Ma cosa sono queste condizioni generali di contratto. La giurisprudenza ha trovato dei parametri che ci aiutano ad individuarle, che sono:

- 1) **devono essere condizioni di contratto**, quindi non lo sono le proposte o le opzioni, che attengono ad una fase di formazione del contratto. Non lo sono le clausole che traggono la loro origine dalla legge o comunque da disposizioni normative.
- 2) **devono essere condizioni generali di contratto**, quindi devono essere predisposte da un contraente per una serie indefinita di contratti ovvero essere incluse in moduli o formulari.
- 3) **devono essere condizioni predisposte da uno dei contraenti**. Quindi non c'è predisposizione unilaterale quando il contratto sia stato concluso a seguito di trattative
- 4) inoltre **deve sussistere un pericolo causato da tali condizioni generali per il consumatore**, e deve sussistere quindi un'esigenza di tutela per il consumatore.

Si ritiene che tali regole valgano anche per i contratti stipulati dalla pubblica amministrazione.

Dopo aver parlato delle condizioni generali, parliamo un po' di quelle particolari clausole generali che sono le **clausole vessatorie**, per la cui validità la legge impone la sottoscrizione da parte dell'accettante. L'art. 1341 al secondo comma ne fa un elenco, che io ora ti riporto qui. Sono quindi clausole vessatorie quelle che comportano a favore di chi le ha predisposte:

- 1) limitazioni di responsabilità
- 2) facoltà di recedere dal contratto
- 3) facoltà di sospendere l'esecuzione
- 4) decadenze (a questa ipotesi sono state ricondotte soprattutto le clausole che, nel contratto di compravendita, riducono il termine per proporre azione in caso di vizi della cosa venduta)
- 5) limitazioni alla facoltà di opporre eccezioni
- 6) limitazioni alla libertà contrattuale
- 7) tacita proroga o rinnovazione del contratto
- 8) la clausola compromissoria (ossia quel patto con cui le parti conferiscono in caso di lite il potere di decidere non ad un tribunale ma ad un arbitro. Non è ritenuta rientrante nella previsione dell'articolo l'ipotesi dell'arbitrato irrituale)
- 9) deroghe alla competenza per eventuali processi.
- 10) la clausola che prevede la facoltà dell'ente finanziatore di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo (questa clausola non è prevista nell'elenco ma da una legge a parte)

Volevo specificare che la giurisprudenza considera questo **elenco tassativo** (ossia oltre alle ipotesi scritte non se ne ammettono altre), **per cui non ne è consentita l'applicazione analogica ma solo l'interpretazione estensiva**.

In generale, possiamo aggiungere che **non sono considerate vessatorie le clausole che sono riproduttive di disposizioni normative**. *Al contrario sono state considerate vessatorie clausole che pur non appartenendo all'elenco dell'art 1341 secondo comma, tuttavia derogavano alla disciplina legale del tipo a cui il contratto standard si riferiva.*

**Non sono considerate vessatorie le clausole che riproducono usi normativi ma lo sono se riproduttive di usi contrattuali**. Diciamo che gli usi normativi sono quelli che integrano la legge, mentre quelli contrattuali sono quelli tipici dei rapporti contrattuali di un certo settore.

Dunque, queste condizioni generali di contratto sono valide purché l'aderente le abbia conosciute o, usando l'ordinaria diligenza, dovesse conoscerle. **La conoscenza deve riguardare non solo l'esistenza di tali clausole, ma anche il contenuto.** Non può quindi dirsi conoscibile una clausola dal contenuto incomprensibile. La clausola ambigua invece è conoscibile, ma in base all'art. 1370, dedicato all'interpretazione del contratto, essa dovrà essere interpretata a favore dell'aderente.

L'art. 1342 ci parla invece dei **contratti conclusi mediante moduli e formulari**:

*“Nei contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli o formulari, predisposti per disciplinare in maniera uniforme determinati rapporti contrattuali, le clausole aggiunte al modulo o al formulario prevalgono su quelle del modulo o del formulario qualora siano incompatibili con esse anche se queste ultime non sono state cancellate.*

*Si osserva inoltre la disposizione del secondo comma dell'articolo precedente”*

Quindi per quanto riguarda questo tipo di contratto non si applica il primo comma dell'art. 1341 e questo perché si ritiene che il modulo ed il formulario garantisca una certa conoscibilità.

**Ci sono poi alcuni casi in cui per soddisfare il requisito della conoscibilità viene richiesto che una copia del contratto venga consegnata all'aderente:** questo avviene per esempio nei contratti relativi alle operazioni ed ai servizi bancari e finanziari, o nel caso di contratti di credito ai consumatori.

Ma come viene soddisfatto il requisito della necessaria sottoscrizione per iscritto delle clausole generali vessatorie. Una massima giurisprudenziale consolidata ci dice che l'onere formale è assolto quando l'aderente sottoscrive una autonoma dichiarazione di accettazione delle clausole vessatorie individuate mediante il riferimento al loro numero e contenuto. Non è sufficiente un'unica sottoscrizione globale del contratto. La legge ci dice che la clausola non sottoscritta è inefficace. Ma questo significa che la clausola è nulla o inefficace? (nullità e inefficacia sono due figure di invalidità del contratto che vedremo a suo tempo). Si possono ritenere valide entrambe le ipotesi. La nullità può essere limitata ad una sola clausola quando tale clausola può essere sostituita ex lege, l'inefficacia di una clausola potrebbe anche travolgere l'intero contratto. A parere di diversi interpreti il difetto di sottoscrizione può essere fatto valere, oltre che dall'aderente, anche dal predisponente e anche d'ufficio (ossia dal giudice).

Per quanto riguarda l'interpretazione delle condizioni generali è fondamentale l'art. 1370 cc:

“Le clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in

moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altro”

Poi per quanto riguarda alcuni settori, come le assicurazioni o le imprese che forniscono beni e servizi che soddisfano interessi collettivi, è previsto un controllo sulle condizioni generali di contratto da parte della pubblica amministrazione e di autorità indipendenti.

Per quanto attiene al processo, l'onere della prova che si è in presenza di un contratto per adesione spetta a chi vuole trarre da ciò conseguenze a sé favorevoli. La valutazione sul carattere vessatorio di una clausola è questione di fatto demandata al giudice di merito. La nullità di una clausola vessatoria può essere rilevata d'ufficio

Il documento informatico, cui è apposta una firma elettronica, soddisfa il requisito legale della forma scritta.

Ma devi sapere, caro mio, che la disciplina dei contratti con i consumatori è stata disciplinata anche a livello europeo, nella direttiva 93/13 che poi è stata recepita in Italia. Adesso troviamo la sua disciplina negli articoli 33 e seguenti del cosiddetto **codice del consumo** (d.lg. 6 – 09 – 2005 n.206).

Innanzitutto queste norme impongono con l'art 34 all'imprenditore di redarre in propri contratti in modo chiaro e comprensibile, poi all'art. 36 ci dice che sono nulle le clausole che richiamano la legislazione di un paese extraeuropeo eludendo così le protezioni dell'UE; viene specificato che non sono vessatorie le clausole che riproducono disposizioni di legge (questo lo avevamo già visto) o principi di convenzioni internazionali di cui siano parte tutti i paesi dell'UE o l'UE stessa, poi ci viene ribadito all'art. 34 che non sono vessatorie le clausole che sono oggetto di trattativa individuale, e per quanto riguarda i contratti conclusi mediante la sottoscrizione di moduli e formulari predisposti in maniera uniforme incombe sul professionista l'onere di provare che le clausole, o gli elementi di clausola, malgrado siano dal medesimo unilateralmente predisposti, siano stati oggetto di specifica trattativa con il consumatore. Preciso che c'è bisogno di una trattativa specifica sulla singola clausola e individuale (con il singolo consumatore). Per quanto riguarda i contratti on line, se le parti si giovano degli electronic agents (programmi capaci di stipulare on line un contratto per conto di altri) ciò consente una trattativa individuale.

Ci sono **tre clausole che neppure la trattativa potrebbe salvare dalla vessatorietà**, le quali sono elencate dall'art. 36 comma 2:

1) le clausole che escludono o limitano la responsabilità del professionista in caso di morte o danno al consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista,

2) le clausole che escludono o limitano le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista

3) prevedono l'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto

L'art 34 ci dice che "la vessatorietà di una clausola è valutata tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende

Poi l'art 33 ci dice al comma 1 che "si considerano vessatorie le clausole che malgrado la buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto"

Poi ci sono venti clausole che l'art.33 presume vessatorie salvo la prova contraria, le quali stabiliscono

1) adesione a clausole ignote

2) ius variandi, ossia si presume vessatoria la clausola che ha per oggetto di consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso

3) determinazione successiva del prezzo, ossia si presume vessatoria la clausola stabilisce che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione

4) aumenti (di prezzo), senza possibilità di recesso per il consumatore se il prezzo è divenuto troppo elevato

5) accertamento di conformità: "si presume vessatoria la clausola che riserva al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto, o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto

6) Recesso: si presume vessatoria la clausola che riconosce al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consente al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto

- 7) Recesso del contratto a tempo indeterminato: si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa
- 8) tacita proroga o rinnovazione: si presume vessatoria la clausola che stabilisce un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione
- 9) esclusione o limitazione della responsabilità del professionista per morte o danno alla persona del consumatore risultante da un fatto od omissione del professionista
- 10) esclusione o limitazione dei diritti del consumatore in caso di inadempimento del professionista
- 11) condizione meramente potestativa: si presume vessatoria la clausola che prevede un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà
- 12) condizione meramente potestativa e art.1355: si presume vessatoria la clausola che prevede l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'art.1355
- 13) responsabilità per contratti stipulati da mandatarî: si presume vessatoria la clausola che limita la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatarî o subordina l'adempimento di suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità
- 14) sostituzione con un terzo: si presume vessatoria la clausola che ha per oggetto di consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo
- 15) opponibilità della compensazione: si presume vessatoria la clausola che esclude o limita l'opponibilità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo
- 16) caparra, si presume vessatoria la clausola che consente al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude un contratto o ne recede, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere

17) clausola penale: si presume vessatoria la clausola che impone al consumatore in caso di inadempimento o ritardo nell'adempimento il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente di importo manifestamente eccessivo

18) limiti all'eccezione di inadempimento: si presume vessatoria la clausola che limita o esclude l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore. Bisogna considerare che la clausola che esclude o limita l'eccezione di inadempimento del contratto, fuori dal campo che stiamo esaminando dei contratti col consumatore, è valida, è disciplinata dal 1462 cc, ed è chiamata clausola solve et repete

19) decadenze, limitazioni, deroghe: si presume vessatoria la clausola che sancisce a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'allegazione di prove, inversioni o modificazione dell'onere della prova, restrizione alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi

20) foro competente, si presume vessatoria la clausola che stabilisce come sede del foro competente sulle controversie una località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore

Bene, abbiám finito questa lunga carrellata! **Ricordo che le clausole che si presumono vessatorie ammettono la prova contraria.** Specifico poi che il codice del consumo non ha abrogato l'art. 1341 e quindi le due normative sussistono insieme. *È frequente che una delle clausole che si presumono vessatorie secondo il codice del consumo lo sia anche per il 1341 co. 2, sicché necessiterà di apposita sottoscrizione. Ma i due elenchi non sono del tutto coincidenti.*

**Se si accerta la vessatorietà di una clausola, la conseguenza è la nullità di quella clausola, mentre almeno in linea di principio resta efficace il contratto per il resto.**

Un ultimo problema si pone quando entrambi i contraenti hanno proprie condizioni generali ed ognuno invia le proprie all'altro. In questo caso si parla di **conflitto tra formulari**, o, per dirlo all'americana Battle of the forms. Come facciamo a disciplinare questo caso? Un po' ce ne parla la convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili all'art.19, dal quale possiamo dedurre che *il contratto è concluso se le condizioni generali dell'accettante non modificano in modo sostanziale quelle del proponente, salvo che il proponente sollevi obiezioni. Per quanto riguarda il contenuto ci sono due soluzioni: una da prevalenza alle condizioni generali formulate per ultime (last shot rule), un'altra elimina le condizioni generali confliggenti (knock out rule).* A me quest'ultima soluzione pare più adeguata. Quindi praticano le condizioni generali confliggenti si cancellano e i profili che regolavano vengono regolati dal diritto dispositivo.

## CAPITOLO XI OVVERO DELLA VOLONTÀ E DELLA DICHIARAZIONE

“Che facciamo Renà, andiamo al mare”

“So’ già pronto, metto i sandalacci e si parte”

Escono di casa e già un sole fortissimo li inonda. Per fortuna il cammino fino al mare è una graziosa stradina di terra battuta costeggiata da alberi ombrosi

“Si è discusso molto se nel contratto sia più importante la **volontà** o la **dichiarazione**. La **volontà** sarebbe la **volontà interna di una parte, ciò che ella vuole ottenere contrattando**. **Invece la dichiarazione è quell’atto ostensibile (cioè mostrabile) ai terzi, al quale gli altri si affidano**. Tutta la dottrina è un pendolo che va ora verso la tutela della volontà (con sacrificio dell’affidamento di controparte e terzi) ora verso la dichiarazione (con sacrificio della libera volontà privata). Ovviamente **ci sono dei casi in cui la volontà e la dichiarazione divergono: pensiamo al caso dell’errore**: io voglio comprare 1 litro d’olio e però scrivo 10. Ma ci sono altri vizi, come per esempio la minaccia, che il nostro codice chiama **violenza**: ad esempio io voglio acquistare soltanto un litro d’olio, ma Ceccè, il venditore di olio, mi dice “se non compri almeno 10 bottiglie ti rubo le zucchine dall’orto”, capisci che se nella proposta contrattuale scrivo “voglio 10 bottiglie di olio” tale dichiarazione è diversa dalla mia vera volontà. L’altro vizio della volontà di cui parla il nostro codice è il **dolo**, ossia il raggiro. Per esempio, Ceccè mi dice “ma che compri una bottiglia sola, comprane dieci che costano come una bottiglia e mezza” mentre in realtà costano come nove bottiglie, capite che mi ha ingannato e quindi la mia volontà è viziata. Quindi il nostro codice riconosce tre grandi vizi del consenso: l’errore, la violenza ed il dolo. Poi possiamo aggiungerne altri come **l’incapacità di intendere e di volere, lo stato di pericolo e lo stato di bisogno**. Poi ci sono altre situazioni che possono influenzare la volontà del contraente, come nel caso in cui l’offerente abbia il **monopolio** di una certa merce, per esempio se Ceccè fosse l’unico a vendere il vino ti potrebbe chiedere un prezzo assurdo per una bottiglia di vino; poi ci sono le situazioni della **sorpresa**, della **propaganda subliminale**, della **posizione dominante della controparte**, la **vendita da porta a porta**.

Ci sono dei **casi in cui la dichiarazione si considera del tutto mancante**. Per esempio pensiamo ai casi della **violenza fisica**: se Ceccè per farmi firmare che voglio comprare 10 bottiglie di olio mi prende la mano con la forza e mi fa firmare, qui non c’è alcuna dichiarazione, perché non c’è il comportamento del dichiarante. Ciò vale anche per *l’ipnosi*, ma anche per le *dichiarazioni fatte a teatro*. Se per esempio uno scrittore teatrale ha scritto in una sua opera “Accetto questo mutuo col 40 % di interesse” non è che il poveretto che recita questa frase, se fra il pubblico c’è un banchiere, ha emesso

una proposta contrattuale valida. Lo stesso vale per le dichiarazioni che si fanno per scherzo o per insegnare (*iocandi et docendi causa*). Ma cosa succede se una persona ascolta una dichiarazione fatta per gioco ma non capisce che è fatta per gioco perché mancano le circostanze che lo farebbero capire? Allora questa dichiarazione fatta per gioco diventa idonea a dichiarare. Se poi lo scherzone (ossia colui che ha fatto lo scherzo) riesce a dimostrare le circostanze impeditive, ossia le circostanze da cui si deduceva che era un gioco, la dichiarazione sarà distrutta e non avrà effetto

Parliamo adesso di alcuni vizi nuovi sorti anche dallo sviluppo dell'economia. Per esempio, l'**induzione a contrarre mediante suggerimenti occulti**. Di questa questione se ne è occupata la comunità europea con una direttiva ed il nostro diritto interno da una parziale applicazione della direttiva. In pratica si impone alla pubblicità della televisione e della radio di rendersi riconoscibile mediante dei segni in modo da far capire al consumatore che si tratta di una pubblicità, di un messaggio promozionale. Un altro decreto vieta di sfruttare l'inesperienza e credulità dei minori. È stata anche istituita un'autorità garante che può sospendere o vietare la pubblicità ingannevole. I concorrenti, i consumatori e le loro associazioni ed alcuni soggetti pubblici possono chiedere all'autorità di inibire tali **pubblicità ingannevoli**.

Un'altra situazione in cui la volontà del consumatore rischia di essere attaccata è quello della **contrattazione da porta a porta**. Per quanto riguarda l'offerta al pubblico di valori mobiliari (ossia l'offerta di titoli, azioni, obbligazioni o altri cosiddetti valori mobiliari), l'efficacia dei contratti stipulati mediante vendite a domicilio è sospesa per cinque giorni dalla data di sottoscrizione. Entro questo termine l'acquirente ha facoltà di comunicare al venditore il proprio recesso senza corrispettivo. Tutto ciò deve essere riprodotto nei contratti stessi di offerta al pubblico di valori mobiliari.

Per quanto riguarda i **contratti negoziati fuori dai locali commerciali**, *il commerciante deve informare per iscritto il consumatore del suo diritto di rescindere dal contratto entro sette giorni e comunicargli il nome e l'indirizzo della persona nei cui riguardi può essere esercitato questo diritto*.

Si parla anche di **diritto del contraente all'informazione**. Per esempio, il proponente deve evitare il riferimento agli usi o all'arbitrio boni viri (l'arbitrio dell'uomo diligente, in pratica nella determinazione del contratto ci si può rimettere al giudizio imparziale di un terzo – cosiddetto arbitratore.)

Sono inoltre vietate le concentrazioni di impresa e gli **abusi di posizione dominante**, cioè le pratiche che possono ostare alla concorrenza. Non a caso è stata istituita anche un'autorità garante della concorrenza.

*Il legislatore, per i vizi della volontà, ha previsto diversi rimedi come la rescissione, l'annullamento, il recesso, il pagamento dei danni. Se dovessimo trovare una norma base che contrasta i vizi della volontà potremmo dire che essa è l'art. 1337*

cc:

“Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”

*Ci sono dei comportamenti che non sono rilevanti, come il raggirio astrattamente inidoneo, il dolo buono* (le vanterie che un commerciante fa delle proprie merci ad esempio, che possono adescare il compratore ma non sono un vero e proprio inganno), *l'abuso del timore reverenziale*.

Quindi in generale si può invocare l'art. 1337 per richiedere il risarcimento del danno. Si può anche invocare l'art. 2058 perché il risarcimento sia dato in forma specifica, ossia mediante la rimozione del contratto. *Quindi possiamo dire che quando un contratto è affetto da un vizio della volontà che non rientra fra quelli disciplinati dalla legge* (come la violenza, il dolo, l'errore, lo stato di pericolo e di necessità, l'abuso di posizione dominante etc.) *il contratto è annullabile. Ma non è detto che il contraente che ha subito il vizio della volontà voglia l'eliminazione del contratto, anche perché magari è interessato alla prestazione oggetto del contratto, ed allora ci sono casi in cui può chiedere i danni ed il contratto, depurato dal vizio, rimane in piedi*. Pensiamo ad esempio al caso dell'art. 1440 che riguarda il dolo incidente e ci dice:

“Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni”

Ma quanto è vasta l'area colpita dal 1337? Ci sono delle ipotesi che il legislatore non disciplina. Ad esempio, per quanto riguarda il dolo, disciplina espressamente il dolo determinante ed il dolo incidentale. **Ma per quanto riguarda la violenza, non disciplina distintamente la violenza determinante e la violenza incidentale**. Quindi cosa possiamo dire della violenza incidentale. Secondo molti si può fare un'analogia col dolo incidentale: esso non causa l'annullabilità del contratto, tuttavia fa sì che il contraente che abbia esercitato il dolo sia tenuto al risarcimento dei danni. E per quanto riguarda il timore derivante da minaccia e tuttavia immotivato e, nel campo della rescissione, la lesione che sia sotto la metà (infatti la norma per la rescissione sanziona chi, sfruttando lo stato di bisogno della controparte, stipula un contratto pregiudizievole per il bisognoso in cui la prestazione da lui dovuta sia almeno della metà più alta di quella che avrebbe accettato se non si fosse trovata in tale stato di necessità)? Qui possiamo riflettere in modo diverso e pensare che il legislatore abbia stabilito una soglia di rilevanza di tali vizi, sotto la quale non opera.

C'è anche qualcuno che manipola attraverso false promesse. Qui la sanzione più adeguata consiste nell'incorporare nel contenuto del contratto la promessa falsa (in questa direzione la legge sulla trasparenza delle operazioni bancarie e finanziarie quando stabilisce la nullità della clausola difforme dalla pubblicità)

*Ci sono altre situazioni che possono essere regolate dall'art. 1337, per esempio il caso in cui l'accettante induce con inganno o minaccia il proponente a revocare la propria proposta e l'accettante (l'oblato) era obbligato ad accettare o il proponente non aveva il potere di revocare.* Per esempio, se ci fosse l'impresa Bottiglioni, fornitrice d'acqua di un paese, essa sarebbe obbligata a contrattare. Quindi se il comune Ronconi gli ha chiesto l'erogazione dell'acqua, Bottiglioni non può minacciare Ronconi per far sì che revochi la proposta.

C'è anche il caso dell'**omessa accettazione dovuta ad un abuso della controparte**. Se la proposta contrattuale era irrevocabile (pensiamo al caso del 1333), allora diviene grave l'impedimento che il proponente frapponga all'accettazione. In questi casi sembra adeguato, come tutela, rimettere nei termini l'oblato affinché possa pronunciarsi definitivamente.

C'è poi il caso in cui c'è un vizio spontaneo o provocato da terzi (come l'errore spontaneo, il raggiro proveniente dal terzo e riconosciuto dalla controparte). In questo caso se il soggetto non revoca la propria dichiarazione perché privo di libertà, di informazione o di capacità, allora il soggetto che avrebbe dovuto riconoscere o che ha riconosciuto il vizio deve segnalare lo stesso alla controparte, che verrà rimessa in termini per effettuare la revoca.

Allo stesso modo, *se l'oblato non sa se la proposta del proponente verrà revocata, è giusto che non sia lasciato in balia di tale incertezza* (a meno che non si conosca la validità della proposta per lo stato di attuale incapacità del proponente, nel qual caso può apparire giusto che l'accettante attenda). Per questo si deve offrire un rimedio che ristabilisca la certezza dei rapporti.

C'è poi il caso delle cosiddette **clausole di stile**, che sono clausole che si inseriscono in un testo contrattuale solo per stile appunto, solo perché fa figo. Queste sono considerate **dichiarazioni senza volontà**, e quindi sono dichiarate inefficaci dai giudici. In pratica non hanno valore. Un esempio di clausola di stile che si inserisce nei contratti di compravendita immobiliare: l'acquirente accetta la cosa nello stato di fatto e di diritto in cui si trova, con tutte le servitù attive e passive. Ecco, magari questa clausola non ha un particolare significato in quello specifico contratto, magari quell'immobile non ha servitù, ma la clausola viene inserita lo stesso, perché così il contratto ha più stile

Vediamo quindi uno stato che vizia la volontà, ossia lo **stato di incapacità**.

Art.428 cc:

*“Gli atti compiuti da persona che, sebbene non interdetta, si provi essere stata per qualsiasi causa, anche transitoria, incapace d'intendere o di volere al momento in cui gli atti sono stati compiuti, possono essere annullati su istanza della persona medesima o dei suoi eredi o aventi causa, se ne risulta un grave pregiudizio all'autore.*

*L'annullamento dei contratti non può essere pronunciato se non quando, per il pregiudizio che sia derivato o possa derivare alla persona incapace d'intendere o di volere o per la qualità del contratto o altrimenti, risulta la malafede dell'altro contraente.*

*L'azione si prescrive nel termine di cinque anni dal giorno in cui l'atto o il contratto è stato compiuto.*

*Resta salva ogni diversa disposizione di legge”*

Possiamo notare che a volte anche la persona sana non è in condizione di valutare ciò che fa, *per cui l'art. 428 dovrebbe essere utilizzato anche per difendere il contraente dalla suggestione, dalla sorpresa e dall'inesperienza.*

“E se uno si ubriaca da solo, quindi si causa lo stato di incapacità”

“Ah tipo Lucillo. Se Lucillo mentre è ubriaco emette dichiarazioni contrattuali, ebbene questa sua colpa non lo priva della tutela di cui ha diritto ex 428 (annullabilità del contratto) se la controparte, Checco, sfrutta in malafede queste sue dichiarazioni.

Il 428 pone due parametri, il **grave pregiudizio** e la **malafede**. Molti discutono se siano necessari entrambi o solo uno per l'annullamento del contratto, ma secondo me sono necessari entrambi. Attenzione, è malafede la conoscenza della sproporzione fra le prestazioni e sapere che tale sproporzione è dovuta a inesperienza dell'altra parte e approfittare di tale inesperienza, ed è anche malafede l'induzione in stato di incapacità.

“Cosa si intende per induzione nello stato di incapacità?”

“l'ipnotismo, la somministrazione di droghe, la propaganda commerciale subliminale. Queste azioni costituiscono un illecito. Ciò poi urta col 1337, quindi obbliga al risarcimento del danno da darsi ex 2058 mediante reintegrazione in forma specifica il che vuol dire che, se l'illecito proviene dal contraente, provoca l'annullamento del contratto”

Parliamo ora del vizio del consenso chiamato **errore**

**1428 cc:**

*“L'errore è causa di annullamento del contratto quando è essenziale ed è riconoscibile dall'altro contraente”*

## 1429 cc:

*“L'errore è essenziale:*

- 1) quando cade sulla natura o sull'oggetto del contratto;*
- 2) quando cade sull'identità dell'oggetto della prestazione ovvero sopra una qualità dello stesso che, secondo il comune apprezzamento o in relazione alle circostanze, deve ritenersi determinante del consenso;*
- 3) quando cade sull'identità o sulle qualità della persona dell'altro contraente, sempre che l'una o le altre siano state determinanti del consenso;*
- 4) quando, trattandosi di errore di diritto, è stata la ragione unica o principale del contratto”*

Ora qualcuno ha fatto notare che per quanto riguarda il 1429, per quanto riguarda il punto 1, si richiede semplicemente, perché l'errore sia essenziale, che esso cada sulla natura o sull'oggetto del contratto, mentre agli altri punti si richiedono anche altre cose. Prendiamo per esempio il punto 3: ci dice che l'errore è determinante se cade sulla qualità o identità dell'altro contraente, ma sempreché tale identità o qualità furono determinanti per il consenso. Tuttavia, ciò potrebbe portare a risultati un po' strani, per esempio se uno volesse comprare una penna ma si sbaglia sulla specifica penna che compra effettivamente, il contratto sarebbe annullabile, anche se quella penna potrebbe benissimo essere sostituita da un'altra idonea, dato che le penne sono prodotte in serie (in questo caso l'errore sull'identità della cosa riguarda una cosa fungibile prodotta in serie). *Per risolvere questo problema potremmo dire che anche per quanto riguarda l'oggetto, l'errore è rilevante se la scelta di quello specifico oggetto (intuitu corporis) era determinante del consenso cosiccome una certa persona come contraente (intuitu personae) è causa di annullabilità del contratto se la presenza di quella certa specifica persona come contraente è stata determinante del consenso* (punto 3 1429 cc).

Poi abbiamo l'ipotesi dell'**errore di calcolo**, di cui parla l'art 1430

1430 cc:

*“L'errore di calcolo non dà luogo ad annullamento del contratto, ma solo a rettifica, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità, sia stato determinante del consenso”*

**Potrebbero accadere tre ipotesi.** Facciamo il caso del venditore di rape Chichibio. Tu vuoi comprare dieci e Chichibio ti dice che costano un euro l'una. Vi accordate su questi dati (anche chiamati “poste” dell'operazione), poi una volta concluso il contratto sbagliate i calcoli e tu dai venti euri a Chichibio. In questo caso l'errore

avviene a contratto concluso ed è irrilevante, l'errore di calcolo non dà luogo all'annullamento del contratto ma, ritengo, solo a rettifica.

C'è poi il caso in cui tu vuoi le rape, contate insieme il prezzo e sbagliate, ma allo stesso tempo volete quel risultato sbagliato. Quindi si dice che le parti hanno voluto le poste (10 rape per 1 euro l'una), ma hanno voluto anche il risultato del conteggio, anche se sbagliato (20 euro). Quindi in questo caso le parti vogliono due cose incompatibili. Se ragionassimo dovrebbe dichiarare la nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto; l'art 1430 ci impone di dar prevalenza ai dati, alle poste piuttosto che al risultato errato

C'è poi il caso in cui le parti hanno sbagliato sulle poste (per esempio avevo capito che c'era uno sconto sulle rape che alla fine non c'è), però hanno voluto il risultato inficiato da un errore. In questo caso la parte che ha commesso l'errore di calcolo può affermare che il suo consenso era viziato.

Prendiamo un caso di errore particolare, l'[errore sulla destinazione dell'immobile, dipendente dalle prescrizioni urbanistiche](#). Ti ricordi Ceccio, che voleva comprare il giardinetto in centro città per edificarci un suo wc privato? Lui pensava che quel terreno fosse edificabile, ma si era sbagliato sul piano urbanistico ed alla fine il terreno non era edificabile. Ebbene, il suo errore si può considerare errore su una qualità essenziale e quindi può dar luogo all'annullamento ex 1429. Poi c'è il caso in cui quel terreno è edificabile, ma è molto costoso è difficile costruirci sopra: questo viene considerato solo un errore sulla convenienza, e quindi dovrebbe essere considerato irrilevante. Poi, dato che le destinazioni dei fondi sono molto variabili nel tempo, c'è per esempio il caso in cui qualcuno vende un campo pensando che su esso crescano solo arbusti e che non ci si possa costruire sopra e quindi lo vende a Ceccio ad un prezzo stracciato. Poi la giunta comunale stabilisce che quel terreno è edificabile ma ormai il terreno l'ha venduto. Il venditore si incavola, e vuole annullare il contratto. Secondo me dovremmo concedergli l'annullamento per errore.

Poi ci sono i cosiddetti **fatti giudizialmente non accertabili**. Per esempio, la paternità di quadro antichissimo sconosciuto. In questi casi Raffaello, compratore del quadro con elemento non accertabile, non potrà poi lamentarsi se si scopre che quel quadro vale di più di quel che l'ha pagato, perché la giurisprudenza considera l'acquisto di oggetti con qualità inaccertabili come un acquisto in cui viene accettato un certo dubbio. *L'errore del compratore sulla paternità del quadro antico è considerato un errore irrilevante. C'è da dire che è invece accertabile lo stato della critica artistica, magari con le quotazioni d'asta.*

Anche l'errore su fatto futuro è considerato irrilevante, ma potrà essere rilevante l'errore su un indice attuale capace di rivelare la probabilità del fatto futuro.

Come ci dice l'art 1428 l'errore è causa di annullamento quando è **riconoscibile**. La riconoscibilità si misura in astratto tenendo conto delle circostanze di fatto che in quel caso rendevano possibile al destinatario il riconoscimento dell'errore. La riconoscibilità non si presume, e deve essere provata dal contraente che impugna il contratto per errore. **Talvolta se un errore viene riconosciuto dal contraente, può avvenire la rettifica del contratto**: per esempio se mi arriva una proposta di acquisto di 10 bottiglie d'olio, ma io vengo a sapere che questa proposta è inficiata da errore e la vera proposta riguarda 100 bottiglie di olio, allora io posso considerare come dichiarazione valida quella delle 100 bottiglie d'olio. *Non è detto che questo accada perché io posso far ciò se ho la prova dell'errore, altrimenti, se non ottengo tale prova prima del momento fissato per l'esecuzione, applico il contratto secondo la proposta errata.* Per esempio, ti arriva il garzone Michelo dicendoti che Pippo vuol acquistare dieci calzini, però parlando col garzone vengo a sapere che si è sbagliato a scrivere e ne voleva acquistare soltanto uno, allora tu dici a Michelo di andare da Pippo a chiarire, se poi Michelo non torna più da me, io darò esecuzione al contratto, anche se ho riconosciuto che potrebbe essere viziato da errore.

Ma c'è anche il caso dell'**errore comune**. Mettiamo caso che Curzio dica a Pino "Ti vendo la Rocchetta". Ora, la roccetta in realtà è una bicicletta, ma Curzio si è confuso ed ha creduto fosse il nome di una baita in montagna. Ora, se anche Pino ha creduto che la Rocchetta è una baita in montagna, e la sua intenzione è acquistare quella baita, allora l'errore è comune, ed il contratto deve avere effetto se la baita in montagna esiste. Se invece la baita in montagna non esiste, allora il contratto è nullo per impossibilità dell'oggetto. È molto usato in questo campo l'art. 1362.

C'è anche il caso dell'**errore sulla dichiarazione memoriale**. Per esempio, tu e Baldo vi accordate a voce per l'acquisto di un paio di stivali n.42. Cosa succede se poi nel contratto scrivete numero 48? Come vedi qui c'è un errore nella dichiarazione. Se si tratta di beni immobili, l'unica dichiarazione valida è quella scritta, quindi sarà il giudice a doverla interpretare in modo rettificante. Invece nel caso di beni mobili, come gli stivali, la dichiarazione contrattuale viene considerata una prova mentitoria.

Il giudice in questi casi considera che ci sia stato un errore di dettatura, copiatura e grafia. C'è il caso in cui una parte scriva il documento (memoriale) commettendo per distrazione un errore e l'altra senza accorgersi firma, ma c'è anche il caso in cui la parte scriva apposta il documento sbagliato. Per molti sarebbe preferibile che in questi casi si ricorra alla nullità o alla rettifica, mentre sarebbe più problematico ricorrere all'annullamento.

Ci si chiede se, per esempio, nel caso di errore sulla paternità di un quadro, ciò dia luogo ad un'azione di nullità o di risoluzione per vizi o per mancanza di qualità, accordate nel caso della vendita. Ancora non ci sono risposte e demarcazioni precise.

Parliamo adesso dei **motivi**. Il motivo è la ragione per cui tu realizzi un certo contratto, ad esempio prendo in locazione un appartamento per frequentare l'università. Di solito sono irrilevanti. Possono diventare rilevanti nel caso della **presupposizione**.

La presupposizione è il caso in cui due parti abbiano stipulato un contratto sapendo che esso veniva stipulato soltanto per una certa motivazione che dava un senso al contratto stesso. Ad esempio, se tu prendi in locazione il giardinetto di Fillide per sentire le orazioni di Cecione, è ovvio che lo prendi per quel motivo, altrimenti non avrebbe senso prendere in affitto il giardinetto. È rilevante la presupposizione? Cioè se poi Cecione rimanda la sua orazione, che fine fa il contratto di locazione del giardinetto? *Qualcuno dice che si può proteggere questa situazione con l'analogia col 1467 in cui si parla di "eccessiva onerosità per il verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili"* (come può essere imprevedibile che Cecione avrebbe spostato la data della sua orazione). Inoltre, la **buona fede** che ci deve essere nelle trattative può obbligare il locatario del giardinetto ad informarti del fatto che Cecione ha spostato la data della sua esibizione, anche l'interpretazione di buona fede può dare rilevanza al motivo per cui tu volevi prendere in locazione quel giardinetto. Inoltre le conseguenze equitative del contratto possono comprendere una regola di adattamento dell'obbligazione al mutare delle circostanze anche soggettive delle parti.

Dalle sentenze emerge che l'inesistenza della situazione di fatto o il suo venire meno saranno incompatibili con l'efficacia del contratto.

Un altro vizio del consenso a cui abbiamo già accennato è il **dolo**, di cui ci parlano gli art. 1439 e 1440

#### **1439 cc:**

*"Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l'altra parte non avrebbe contrattato.*

*Quando i raggiri sono stati usati da un terzo, il contratto è annullabile se essi erano noti al contraente che ne ha tratto vantaggio"*

#### **1440 cc:**

*"Se i raggiri non sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, benché senza di essi sarebbe stato concluso a condizioni diverse; ma il contraente in mala fede risponde dei danni"*

Come vedi ci sono due tipi di dolo: quello disciplinato dall'art. 1439 è chiamato **dolo determinante**, quello disciplinato dal 1440 è chiamato **dolo incidente**.

Ci si è chiesti se il dolo debba essere intenzionale, o possa anche sussistere semplicemente a titolo di colpa. *Diciamo che la dottrina richiede l'intenzionalità ed aggiunge poi che il dolo incidentale costituisce un illecito civile da cui derivano le conseguenze dell'art 2043 cc.*

Ma in cosa consiste questo raggiro. La giurisprudenza non esclude che esso possa essere la **semplice bugia** o anche la reticenza, il non dire. Talvolta invece la reticenza sembra richiedere una **menzogna rilevante**, rilevante a causa di un inganno idoneo a trarre in inganno a causa di una condotta elaborata e da particolari circostanze o di un obbligo di informazione che gravava sul contraente. Anche il **generico inganno** può costituire raggiro: ad esempio ingannare per smuovere la pietà e lo spirito di liberalità dell'ingannato. Possiamo dire che qualsivoglia comportamento umano può costituire l'elemento oggettivo del raggiro, purché l'errore non cada su elementi che il soggetto passivo non ha il diritto di conoscere (cioè non rileva per esempio se il contraente nasconde l'utile che trarrà da un certo affare).

Il raggiro può essere contenuto in una pubblicità. Norme specifiche parlano di questa fattispecie. La **pubblicità mendace** è illecita nei confronti del consumatore (2043: obbligazione risarcitoria: 2058: obbligo di riportare le cose alla situazione precedente: annullamento del negozio). Le norme che ne parlano riducono la pubblicità lesiva ad una condotta e non menziona l'idoneità ad ingannare, né l'intenzionalità dell'inganno, né l'errore della vittima. Tale mancata menzione dell'errore della vittima fa ritenere che la vittima sia dispensata dalla prova sul punto.

E il **raggiro omissivo**, cioè causato per esempio dal silenzio o dalla reticenza (cioè accorgersi di qualcosa, per esempio di una sproporzione contrattuale, e non dirlo per trarne vantaggio)?

*Possiamo dire che la rilevanza della reticenza dipende dall'esistenza di un obbligo di informare la parte in errore.* Di solito il terzo non ha tale obbligo, per cui il dolo del terzo in via di massima non potrebbe essere dolo omissivo.

“Ma quando sussistono tali **obblighi di informazione**?”

“Beh, ne abbiamo già visti molti, per esempio quelli della negoziazione da porta a porta, quelli sulla intermediazione di valori mobiliari. Ma ci sono molte leggi, per esempio quella che prevede una protezione informativa a favore del consumatore che contrae online. Si ricerca una regola che imponga un dovere di informazione generalizzato, non legato a singole fattispecie, ma una tale norma non esiste. Tuttavia, le singole norme ci danno un quadro d'insieme abbastanza eloquente.

Riguardo al dolo, ti devo poi informare che si usa fare una distinzione fra il **dolus bonus** ed il **dolus malus**. Il dolus bonus sarebbe per esempio la vanteria che il commerciante fa del proprio prodotto; mentre il dolus malus è l'inganno, la menzogna capace di trarre

in inganno. Invece il dolo buono non è idoneo ad ingannare l'uomo di normale avvedutezza e quindi in presenza di esso non si potrebbe applicare il 1439 e l'annullamento conseguente.

È importante specificare che non c'è raggiro se non c'è errore della vittima. Quindi il raggiro c'è se in conseguenza di esso poi la vittima ha fatto una scelta errata, ha stipulato un contratto che non avrebbe stipulato.

Un altro vizio del consenso è la **violenza**. Specifichiamo subito che la violenza di cui parla il codice non è la violenza fisica, che comporta la nullità del contratto ma è la **minaccia**. Spesso i vizi di volere si presentano nell'omessa revoca (non revoco perché sono stato minacciato), nell'omessa rinuncia, nell'omesso rifiuto... Quando questi atti sono stati viziati da violenza bisognerà ridare la facoltà di revocare, rifiutare, rinunciare. *Talora poi la violenza non è soltanto causa di annullamento, ma anche di inefficacia del contratto*: in particolare se la dichiarazione viziata da minaccia non è idonea a creare un affidamento sociale serio, essa è inefficace, perché il comportamento del minacciato non è qualificabile come dichiarazione.

La minaccia può provenire dal contraente o da un terzo.

Per quanto riguarda i caratteri che deve avere la violenza ci viene in soccorso l'art. 1435 cc:

*“La violenza deve essere di tal natura da fare impressione sopra una persona sensata e da farle temere di esporre sé o i suoi beni a un male ingiusto e notevole. Si ha riguardo, in questa materia, all'età, al sesso e alla condizione delle persone”*

Importante anche l'articolo 1436 cc:

*“La violenza è causa di annullamento del contratto anche quando il male minacciato riguarda la persona o i beni del coniuge del contraente o di un discendente o ascendente di lui.*

*Se il male minacciato riguarda altre persone, l'annullamento del contratto è rimesso alla prudente valutazione delle circostanze da parte del giudice”*

Infine abbiamo l'articolo **1437 cc**:

*“Il solo timore riverenziale non è causa di annullamento del contratto”*

Con questa norma si fa riferimento ad un timore determinato da uno stato d'animo del soggetto stesso, e non dalla controparte o da un terzo

Può sorgere un problema quando qualcuno conclude a condizioni gravose un contratto per timore reverenziale della controparte e la controparte sfrutta la situazione in malafede. Per esempio, tu stai facendo un contratto con il sindaco per l'acquisto di una cravatta. Se tu ti fai intimidire dal sindaco senza che costui ti abbia fatto alcuna minaccia, allora non sussiste il vizio della minaccia. Ma se il sindaco, accorgendosi dell'intimidazione che la sua presenza provoca in te, sfrutta questa intimidazione per importi un prezzo più alto, allora la questione è più problematica.

Art. 1438 cc:

*“La minaccia di far valere un diritto può essere causa di annullamento del contratto solo quando è diretta a conseguire vantaggi ingiusti”*

Si potrebbe pensare alla minaccia di adire le vie legali.

La volontà del contraente può essere anche viziata dal pericolo a cui sia esposta la sua persona. Ci illustra questo concetto l'art. **1447**:

*“Il contratto con cui una parte ha assunto obbligazioni a condizioni inique, per la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, può essere rescisso sulla domanda della parte che si è obbligata.*

*Il giudice nel pronunciare la rescissione può, secondo le circostanze, assegnare un equo compenso all'altra parte per l'opera prestata.”*

Non sembrerebbe necessario che il danno di cui si teme sia ingiusto: il danno rileverebbe anche se causato dalla vittima.

Il danno alla persona potrà essere il pericolo per la sua vita e la sua salute, ma anche una lesione per i beni protetti dai diritti della personalità (reputazione, ad esempio).

L'articolo 1447 richiede la **malafede** di colui che approfitta (nota alla controparte), malafede in senso stretto, scienza concreta, cui non si può equiparare la colpa grave. Ovviamente poi se il giudice si accorge che le prestazioni sono palesemente sproporzionate potrà dedurre la malafede dell' approfittatore, in quanto l'approfittatore non poteva non accorgersi dello squilibrio delle proporzioni ed ha deciso di approfittare di questa situazione.

La volontà viziata dal bisogno è trattata dall'art. **1448** cc:

*“Se vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è dipesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.*

*L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.*

*La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.*

*Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.*

*Sono salve le disposizioni relative alla rescissione della divisione”*

Un bisogno potrebbe essere la povertà in cui si trova un soggetto. Attenzione: anche la povertà temporanea. Inoltre, ciò di cui la parte ha bisogno non deve essere indispensabile per la parte altrimenti saremmo nel campo della necessità dell'art. 1447. L'art. 1448 invece serve proprio a coprire quelle situazioni, potremmo dire meno gravi, che non sono tutelate dall'art. 1447.

Lo stato di bisogno è rilevante anche se il contraente se lo è provocato da solo. Ma se una parte si è procurata lo stato di bisogno con l'intenzione di stipulare poi un contratto iniquo e alla successiva rescissione dello stesso, beh, potremmo dire che in questo caso la sproporzione non deriva dallo stato di bisogno.

I bisogni economici rilevanti non saranno poi solo quelli del contraente, ma saranno anche dipendenti dalle necessità altrui, magari dei suoi familiari.

L'approfittamento dell'altra parte non deve per forza consistere in un comportamento attivo per spingere la vittima a concludere il contratto lesionario (ossia che produrrà una lesione per la sproporzione delle prestazioni), ma può essere anche soltanto una consapevolezza dello stato di bisogno e dello squilibrio.

Ecco un modo per evitare la rescissione:

1450

*“Il contraente contro il quale è domandata la rescissione può evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente per ricondurlo ad equità”*

Si discute se, dato che la lesione che determina la rescissione è quella che supera della metà il valore della prestazione, perché ci sia riconduzione ad equità è sufficiente riportare il valore della prestazione appena sotto la metà o bisogna eliminare la sproporzione del tutto e così ricondurre davvero il contratto all'equità. Si ritiene che la riconduzione ad equità debba essere totale, ovvero eliminare del tutto la sproporzione tra le prestazioni.

Un'ultima cosa: ti volevo far notare che all'art. 1448 si dice che sono sottratti dal rimedio della rescissione i **contratti aleatori**. Cos'è un contratto aleatorio? Alea in latino significa dado (ricordiamoci la frase che Cesare disse una volta attraversato il

Rubicone: alea iacta est: il dado è stato lanciato). Il dado ci rimanda alla casualità, al rischio. Infatti, i contratti aleatori sono quei contratti che contemplano un rischio, come per esempio il contratto di assicurazione. L'assicuratore concede l'assicurazione ma non sa se dovrà pagare effettivamente tale assicurazione, dipende dall'eventualità che si verifichi l'evento coperto dall'assicurazione. Se per esempio è stipulata un'assicurazione contro gli incendi, l'assicuratore rischia che l'incendio scoppi il giorno dopo e così sia costretto a versare subito l'assicurazione senza aver ricevuto alcun soldo dall'assicurato (che ogni mese versa una somma di denaro, detta premio, in cambio della sua assicurazione).

Qualcuno critica l'esclusione dei contratti aleatori dal novero di quelli rescindibili, poiché sostiene che anche i contratti aleatori possono comportare una lesione. Infatti, certamente il contratto aleatorio comprende un rischio, ma se il valore della prestazione, anche considerando non lesionaria la maggiorazione del suo valore per l'eventuale rischio, è ancora lesionaria, allora in questo caso anche il contratto aleatorio risulta lesivo. Quindi bisognerebbe intendere l'art 1448 come se dicesse: non può essere rescisso il contratto aleatorio se la sproporzione delle prestazioni in esso dedotte dipende soltanto dall'alea. Ma queste sono dottrine, teorie.

Notiamo che è prevista una particolare forma di rescissione per la divisione (art.763 - 764)

Invece alcune norme hanno stabilito una sanzione penale a carico di chi stipula vantaggi usurari. Così gli studiosi, ritenendo che la presenza di una fattispecie penale nella fattispecie civile comporti di necessità la nullità del negozio, ne deducono la nullità del contratto usurario.

Come avevamo già accennato, ci può essere un vizio della volontà anche attraverso il potere che un soggetto eserciti per la sua posizione dominante nel mercato. Ebbene, il contraente che si trovi sfruttato dal monopolista, di che rimedi dispone? Possiamo dire che egli dispone del rimedio risarcitorio generale previsto dall'art 2043 cc, integrato dal 2058. Il contraente che ha abusato dovrà rettificare il contratto e riportarlo a ciò che sarebbe stato se ci fosse stato una situazione di mercato senza il monopolio.

## LA SIMULAZIONE

L'**intesa simulatoria non è un contratto**, infatti non esprime volontà, non regola rapporti etc. È un pezzo di dichiarazione e come tale non gli sono applicabili le norme sulla forma, né quelle sul consenso, sulla liceità del contenuto etc. Inoltre, per quanto riguarda l'eccezione di simulazione tra le parti non sono rilevanti i motivi, i fini, la malafede.

