

La simulazione sussiste sicuramente quando ci siano in ballo gli interessi dei terzi. Qualcuno ha pensato di giustificare la situazione di apparenza creatasi rispetto ai terzi dicendo che non si voleva ingannare i terzi. Ma noi dobbiamo specificare che la dichiarazione simulata, fittizia, è sempre idonea a ingannare il terzo; quindi, bisogna stare attenti quando si emettono dichiarazioni fittizie, perché si va a creare un'apparenza ed un pericolo di ingannarsi per i terzi.

C'è il caso della **simulazione involontaria**, *meramente colposa*. Ce, per esempio, io ti ho venduto un orologio, e nello scrivere il contratto ho usato la base di un contratto che avevo usato con Teodoro. Da questo contratto risulta che io non ti sto vendendo l'orologio, ma te lo sto dando in pegno. Quindi i terzi penseranno che quell'orologio non sia di proprietà del compratore, ma al contrario crederanno che il compratore abbia soltanto un diritto reale di garanzia, in particolare di pegno, su quell'orologio. Diciamo che leggendo l'art. 1415 e i seguenti non sembrerebbe consentito al terzo invocare la simulazione se la creazione dell'apparenza non fu intenzionale. Questo è un po' strano perché la giurisprudenza applica da cent'anni la regola dell'apparenza, per cui chi produce un'apparenza rispetto ai terzi deve rispondere di essa. Quindi sembrerebbe il caso di accordare queste due protezioni, quella per la simulazione e quella per l'apparenza.

È stata accolta in una sentenza anche la regola per cui il terzo può far valere la dichiarazione simulata pure allorché la controdeklarazione, il patto di rispetto, non era nascosto e quindi si sarebbe potuto accorgere della simulazione.

Sembrerebbe che il terzo possa far valere la simulazione anche se i simulanti facciano una smentita della simulazione successiva alla simulazione stessa.

*In poche parole, una volta che si è creata un'apparenza per i terzi è difficile evitare le conseguenze di tale apparenza.*

Devo però aggiungere che *la semplice dissimulazione di un atto non è simulazione*. Cioè, se io semplicemente nascondo un atto, senza far apparire ai terzi un atto simulato diverso, a questa simulazione non si applicano le regole sulla simulazione. Poi bisogna comunque vedere se permane uno stato di apparenza per i terzi, per verificare se vi è spazio per la regola generale di apparenza. Tuttavia, possiamo dire in generale che la legge reprime la simulazione come fatto commissivo, non come fatto omissivo. Quindi noi non dobbiamo far apparire dichiarazioni finte, simulate, tuttavia non abbiamo il dovere di mostrare al pubblico le dichiarazioni veritiere. Ad esempio, se il tuo amico Alfonsino ti rimette il debito di mezzo euro che avevi contratto con lui per acquistare un cioccolatino, non è che dovrete far vedere a tutti che il debito è stato rimesso. Qualcuno però potrebbe dire: "eh però i terzi così potrebbero pensare che il debito fra te e Alfonsino ci sia ancora"; questo è vero, tuttavia la semplice dissimulazione di un atto (la remissione del debito) non equivale a simulazione di uno stato (la permanenza

del debito); ovviamente, come avevo già specificato, **CIÒ NEI LIMITI IN CUI NON OPERI LA REGOLA GENERALE DI APPARENZA** (quindi il terzo potrà in talune circostanze invocare la regola generale di apparenza).

Qualcuno ha detto che alla confessione non si può applicare la simulazione, in quanto la legge, all'art.2732, dice che la confessione non può essere revocata se non per errore o violenza. Tuttavia, questa soluzione non convince tutti. Pensiamo al caso in cui Lollo abbia un debito con una banca; e Lollo tutto ammiccante dice al banchiere Soldoni "ma non ti preoccupare che te lo pago dal debito, devo incassare mezzo milione dal mio debitore Pasquale; appena quel mascalzone mi paga ti do i soldi" e Soldoni gli risponde "ma io non mi fido che tu hai un credito verso Pasquale, sei un poveraccio!" "Ma che dici, guarda c'ho qui la confessione fresca fresca di Pasquale in cui confessa di avere un debito verso di me". Ecco, mettiamo il caso in cui Pasquale non abbia confessato ma abbia soltanto fatto finta di confessare, cioè che la confessione sia simulata. Ebbene, a tale finzione sono applicabili gli articoli sulla simulazione, dal 1415 in poi?

Ora, ci sono due casi diversi. Partiamo dal fatto che la simulazione della confessione, cosiccome la simulazione delle quietanze, delle ricognizioni, delle date viene chiamata "**Simulazione delle dichiarazioni di scienza**".

Il primo di questi casi è come quello che ho detto prima: Pino ha un debito con Francesco di 10 euro. Ora, dato che non si vuol far vedere dalla sua banca come gravato da debiti, si fa dare da Francesco una finta quietanza di pagamento (la quietanza è un documento con cui si attesta l'avvenuto pagamento), così lui può farsi bello davanti alla banca e far vedere che non ha debiti e che lui è uno diligente che adempie alle sue obbligazioni. Ovviamente Francesco pretende che Pino firmi una controdeklarazione in cui si affermi che il negozio della quietanza è simulato.

Ebbene, in questo primo caso abbiamo lo schema tipico formato da dichiarazione simulata e controdeklarazione.

Ma prendiamo ora il secondo caso. Pina vuole dare tutto il suo patrimonio a Gertrude. Non potrebbe, perché non può disporre di tutto il suo patrimonio, in quanto c'è una quota destinata agli eredi (la legittima) e quindi cosa escogita: lei presta tutto il suo patrimonio a Gertrude e poi si fa dare da Gertrude quietanza di adempimento del debito. Ovviamente quella quietanza è fittizia. Quindi fa sembrare che Gertrude gli abbia restituito il debito, mentre in realtà Gertrude si tiene tutto il malloppo eludendo le norme che vietano la lesione della legittima destinata agli eredi.

In questo caso le parti vorrebbero che l'atto simulato avesse effetto, quindi possiamo dire che non abbiamo un atto simulato, ma un atto velleitario.

Dobbiamo dire che, nonostante le diversità evidenziate, i casi che abbiamo visto sono inclusi nell'area della simulazione, anche quest'ultimo che sembrerebbe diverso.

Quindi *possiamo dire che anche le dichiarazioni di scienza e le simulazioni possono essere simulate.*

Alcune sentenze dicono che la **simulazione** non è applicabile agli atti del **pubblico ufficiale**. Ma non si è certi di questa affermazione. Se qualcuno conclude un accordo simulato con un curatore di fallimento, l'accordo simulato è invalido e la simulazione può essere fatta valere. *Anche nel campo della gestione di patrimoni svolta dalla pubblica amministrazione si ammette la possibilità di simulazioni. Può poi essere simulato l'atto privato autorizzato da un pubblico ufficiale.* Pensiamo ad esempio al contratto con cui il padre vende un libro al figlio, ma in realtà glielo vuole donare: la vendita è simulata, tuttavia questa vendita è stata autorizzata dal giudice tutelare: si può far valere la simulazione, anche se l'atto simulato ha l'autorizzazione di un pubblico ufficiale.

Quando si parla di **simulazione**, sorge il dubbio se essa sia **assoluta** (*ossia se le parti hanno simulato un negozio ma in realtà non volevano nulla*) o **relativa** (*ossia le parti hanno simulato un negozio e qualche effetto lo volevano*). Diciamo che *nel dubbio la simulazione si considera assoluta: se si prova la simulazione, la dichiarazione simulata viene dichiarata nulla; dopo, solo la prova certa di una volontà negoziale dissimulata può produrre effetti*. Dobbiamo aggiungere che spesso la simulazione contiene in sé l'intenzione che alcuni effetti dell'atto simulato possano operare. Ad esempio, Ciccio fa un contratto di vendita simulato con Camillo della sua casa; ok, il contratto è simulato ma magari Ciccio comunque ha voluto conferire dei poteri di gestione della casa a Camillo.

*La volontà dissimulata produce i suoi effetti soltanto se ci sono i requisiti di sostanza corrispondenti* (liceità etc.). Per quanto riguarda la **forma** si discute: la forma basta che ce l'abbia l'atto simulato mostrato ai terzi o è necessario che ce l'abbia anche la controdichiarazione? Diciamo che la giurisprudenza inizialmente richiedeva soltanto che la forma ce l'avesse l'atto ostensibile. Oggi invece chiede che la forma ce l'abbia la controdichiarazione.

Il contratto simulato è nullo. L'**azione di simulazione** come azione di accertamento è **imprescrittibile** (vedremo che infatti l'azione di nullità è imprescrittibile, e l'azione di simulazione non è altro che un tipo di azione di nullità, infatti serve a far dichiarare la nullità dell'atto simulato), mentre sono **prescrittibili le azioni volte a far valere i diritti nascenti dal negozio dissimulato**.

Degli effetti del contratto simulato verso i terzi ci parlano l'art. 1415 e 1416. Per un certo tempo la giurisprudenza ha ritenuto che la simulazione non fosse opponibile ai terzi

non in malafede, come il mediatore, il curatore del fallimento del venditore. Poi le cose sono cambiate: *la simulazione è considerata opponibile al curatore se la controdichiarazione ha data certa anteriore alla dichiarazione di fallimento, e così al coerede che vuole esercitare il retratto perché teme che sia lesa la sua quota di legittima*. Facciamo un esempio: Lucrezio vende per finta un appartamento a Giulio. Lucrezio va in fallimento. Il curatore vedendo l'atto di vendita dell'appartamento (che è simulato) pensa che l'immobile sia di Giulio. Ecco, se si riesce a dimostrare la simulazione con atto di data certa anteriore al fallimento, allora la vendita è opponibile al curatore, e l'immobile può rientrare nel fallimento.

Ma come si **prova** un'**intesa simulatoria**? Perché ovviamente chi dice in giudizio che un certo contratto è simulato, deve provarlo.

Guardiamo l'**art. 1417 cc**:

“La prova per testimoni della simulazione è ammissibile senza limiti, se la domanda è proposta da creditori o da terzi e, qualora sia diretta a far valere l'illiceità del contratto dissimulato, anche se è proposta dalle parti”

Questa norma ci fa notare un trattamento diverso in base a se il soggetto che vuole provare la simulazione sia un **creditore** o un **terzo** o se invece sia **una delle parti del contratto simulatorio**. Infatti, i primi **potranno adottare la prova per testimoni senza limiti**, mentre il secondo **non la potrà utilizzare, a meno che non vogliano far valere l'illiceità del contratto dissimulato**. Quindi se vogliono dimostrare che non il contratto simulato finto, bensì quello che veramente volevano, ossia il contratto dissimulato, è illecito, allora possono utilizzare la prova per testimoni.

Specifichiamo che è parte sia chi partecipa al negozio simulatorio, sia chi dice di essere una delle parti del rapporto dissimulato.

Quindi, **se la parte vuol provare la controdichiarazione**, *ed essa è assoggettata ad un requisito di forma ad substantiam*, **la parte deve produrre la scrittura che esprime il negozio secondo la forma richiesta**. **Negli altri casi** la parte potrà produrre in giudizio una **dichiarazione di tipo confessorio o ricognitivo proveniente dalla controparte**.

Quindi se la parte produce la dichiarazione che prova la controdichiarazione, sia essa proveniente da un atto negoziale o da una dichiarazione di scienza (confessione o atto ricognitivo), *tale dichiarazione sarà sottoposta alle norme restrittive contenute negli articoli 2704, 2722, 2723*

**2704 cc** riguarda la **prova della data di un atto**, il **2722** ci dice che la **prova per testimoni non è ammessa per patti aggiunti o contrari di cui si allegghi che la stipulazione è stata anteriore o contemporanea**, **2723** ci parla della **PROVA PER TESTIMONI DEI PATTI AGGIUNTI POSTERIORMENTE ALLA STIPULAZIONE DI UN ATTO**.

Quindi se non ho capito male: Callisto ha fatto un contratto simulatorio con Chirone, Callisto non potrà provare la simulazione per testimoni (mentre se fosse un terzo potrebbe, ma lui è una parte del contratto simulatorio); se vuole provare la controdi chiarazione che aveva un requisito di forma ad substantiam (la forma scritta perché si vende un immobile), allora per provare tale controdi chiarazione deve portare nel processo un documento con quella forma. Se non c'è questo requisito di forma ad substantiam, Callisto potrà portare in giudizio una confessione di Chirone o un suo atto in cui riconosceva la simulazione. In entrambi i casi, sia che abbia portato in giudizio la controdi chiarazione, sia che abbia portato la confessione o la ricognizione è soggetto ai limiti di 2704, 2722, 2723. Quindi per esempio non potrà provare per testimoni la controdi chiarazione se viene allegato che la stipulazione di essa è anteriore o contemporanea alla stipulazione della simulazione (prevalenza della prova documentale sulla testimoniale, art.2722); se invece si allegghi che la controdi chiarazione è stata stipulata dopo la simulazione allora la prova per testimoni sarà permessa dal giudice solo se ritiene verosimile questa aggiunta. E non dimentichiamo l'art.2704 che ci parla della prova della data della dichiarazione.

Per farla semplice semplice: ***i terzi ed i creditori delle parti possono provare la simulazione con ogni mezzo***: testimoni, presunzioni, con la controdi chiarazione, con documenti e prove indirette (movimenti bancari sospetti)...

***Le parti la possono provare: producendo la controdi chiarazione, o con una dichiarazione di scienza come la confessione o una dichiarazione ricognitiva della parte***. Poi potrebbero anche utilizzare lo strumento del ***giuramento decisorio***

Possono provare liberamente la simulazione il **curatore del fallimento dell'alienante** e l'**acquirente dell'alienante**. Anche i **legatari**. Non sono invece ammessi alla prova libera i **successori a titolo universale delle parti**. Il **legittimario** viene considerato terzo quindi può provare liberamente, anche il **mandante**, terzo rispetto alla simulazione operata dal suo mandatario, può provare liberamente (se non sbaglio)

Parliamo del **giudizio di simulazione**.

L'**azione di simulazione** è contemplata dal nostro codice, e possiamo considerarla un'azione tipica. Ora, ***ognuno può chiedere al giudice di rilevare incidentalmente che un atto è simulato***. Dato che la maggior parte delle volte viene chiesta la rilevazione incidentale della simulazione, la giurisprudenza applica regole più

libere alle eccezioni di simulazioni rispetto alle azioni in via principale. Ad esempio, **l'azione di simulazione non può, secondo la giurisprudenza, essere proposta per la prima volta in grado di appello, mentre potrebbe se fosse fatta valere come eccezione.** Essendo concepita come azione tipica, se l'azione di simulazione viene proposta in primo grado e poi si va in appello, non sarebbero proponibili in appello l'azione revocatoria, di nullità o di inesistenza perché costituirebbero domande diverse e nuove rispetto ad essa.

Chi può far valere la legittimazione attiva dell'azione di simulazione, ovvero, chi ha la **legittimazione attiva**? Beh, sicuramente le **parti se ne hanno interesse**. I **terzi ed i creditori e chi abbia un diritto incompatibile con l'efficacia dell'atto simulato**. Per esempio: Rita vende simulatamente un immobile a Gina. Trascrivono l'atto. Poi Carlo acquista da Gina e trascrivono l'atto. Ora dovrebbe prevalere chi ha trascritto per primo, ma la prima trascrizione è fittizia. Inoltre, l'azione compete al creditore del simulato alienante perché la finta alienazione potrebbe minacciare il suo debito.

La sentenza che segue all'azione di simulazione deve essere emessa nei confronti di tutti i partecipanti dell'atto in questione; quindi, c'è il **litisconsorzio necessario** fra i partecipanti all'atto. Se però la simulazione si fa valere in via di eccezione, non è necessaria la presenza in giudizio di tutte le parti del negozio. C'è una variante che dice che se la domanda è proposta in via di eccezione *incidenter tantum*, cioè senza la volontà di ottenere un giudicato su tale questione, allora il litisconsorzio non è necessario mentre se è proposta per ottenere un giudicato è necessario.

Che efficacia ha il **giudicato** che segue ad un'azione di simulazione. Si dovrebbe pensare, anche per il litisconsorzio necessario, che abbia *efficacia erga omnes* salva opposizione di terzo. Ma **non tutti sono convinti**. Ad esempio, si discute se la **sentenza ottenuta dal creditore**, la quale fa accertare la simulazione, operi anche fra le parti. Alcuni pensano di sì, altri negano che gli effetti del giudicato si estendano alla parte che è estranea all'interesse fatto valere. Quindi un negozio può in un solo giudizio essere dichiarato simulato nei confronti del terzo e non esserlo nei confronti della parte.

C'è poi un caso particolare in cui le **parti attraverso gli effetti di più contratti raggiungono l'effetto tipico di un altro contratto**.

Ad esempio, immaginiamo che Paolino venda la sua casa a Carla, che stipuli insieme un patto di riscatto (ossia il patto che, attraverso il pagamento, può riprendere la proprietà della cosa) e da locazione della stessa nel tempo intermedio. Praticamente Carla mi dà la somma dell'acquisto, io rimango nella casa in locazione e pago ogni mese un canone a Carla. Potrebbe sembrare molto simile ad un mutuo oneroso. Tuttavia, non possiamo parlare di contratto simulato in quanto **le parti vogliono veramente gli effetti del contratto** e inoltre non vi è una controdedichiarazione.

Pensiamo al caso in cui Lino e Dino siano proprietari di due immobili e costituiscono tra loro una società in cui conferiscono i loro due immobili. Questa società non ha alcuna attività, semplicemente Dino e Lino l'hanno creata per godere dei vantaggi giuridici della società, ad esempio la separazione del patrimonio sociale da quello dei soci (e quindi possono sottrarre il proprio patrimonio personale dall'azione dei creditori).

In tutti questi casi parliamo di **CONTRATTO INDIRETTO**. Figure frequenti di contratto indiretto sono la società di comodo (di cui abbiamo già fatto un esempio), le donazioni indirette (ad esempio ti vendo una casa per un euro, o ti vendo la casa ma allo stesso tempo ti rimetto da un debito di valore equivalente a quello della casa) e le alienazioni a scopo di garanzia (ad esempio tu hai un debito con me, e tu mi vendi un tuo bene per garantire il debito: qui parrebbe esserci un patto commissorio, che è illecito secondo il nostro ordinamento; il patto commissorio è quell'accordo con il quale le parti stabiliscono che in caso di inadempimento di un'obbligazione il creditore divenga automaticamente proprietario del bene dato in garanzia).

Quindi possiamo dire che il contratto indiretto a differenza del contratto simulato è effettivamente voluto; attraverso di esso le parti vogliono ottenere gli scopi di un altro contratto. *Se non è in frode alla legge, possiamo dire che il contratto indiretto è lecito.* Cosa vuol dire che un **contratto è in frode alla legge**? Quando vuole **eludere una norma imperativa**. Per esempio, c'è la norma che vieta il patto commissorio: se io faccio un'alienazione a scopo di garanzia che in realtà integra un patto commissorio, allora il contratto sta eludendo una norma imperativa e quindi è in frode alla legge, se non sbaglio.

Ci sono dei casi in cui le parti vogliono gli effetti del contratto che fanno, ma vogliono eludere delle norme tipiche delle fattispecie. Per esempio, Lucio vuol prendere in locazione il terreno di Sestio, tuttavia non vuole essere soggetto alle norme che regolano la locazione. Allora cosa fa, se lo fa dare in precario oneroso, (ossia un rapporto dove una persona sta in un immobile altrui per tolleranza, dando qualche corrispettivo. Non c'è un contratto di locazione). Tuttavia, il rapporto di fatto che hanno è quello della locazione. Qui non c'è un negozio indiretto, semplicemente le parti hanno chiamato un rapporto giuridico con un nome diverso. *La qualificazione falsa non incide sulla natura del contratto né del rapporto.*

## LA FORMA

Normalmente si dice che nel nostro ordinamento vige il **principio di libertà delle forme**. Però ha dei **limiti** questa affermazione: per esempio nel campo dei titoli esecutivi (atti o documenti che permettono al creditore di iniziare direttamente l'esecuzione forzata), nel campo in cui il privato può creare titoli esecutivi, come cambiali e assegni (se non sbaglio), egli deve usare il frasario tipico di questi strumenti, la carta bollata o deve ricorrere all'atto pubblico.

Anche il diritto probatorio non conosce la libertà delle forme. Pensiamo al 2721 che limita la prova per testimoni, o al 2729 secondo comma che vieta di ricorrere alle presunzioni quando non sia ammessa la prova per testimoni.

Possiamo tuttavia dire che sussiste, pur limitato, un principio di libertà delle forme perché *quando si stipula un contratto, salva diversa imposizione della legge, esso può avere la forma che le parti decidono e non è nullo per mancanza di forma.*

*Si ritiene che quando la legge impone di adottare la forma dell'atto pubblico, essa sia richiesta per la validità dell'atto.*

Ci sono due categorie di forma: la **forma** richiesta **ad substantiam** e la **forma** richiesta **ad probationem**. *Quando la forma è imposta per la sostanza significa che questa forma è imposta per la validità dell'atto ed anche la prova di quell'atto deve rispettare la forma imposta. Quando invece diciamo che la forma è richiesta ad probationem, noi stiamo dicendo che per provare quell'atto servirà un atto che rispetti la forma richiesta, non stiamo dicendo che l'atto stesso deve rispettare la forma richiesta.* Ci sono dei casi in cui il legislatore richiede che una dichiarazione risulti da una scrittura privata o da un'annotazione fatta in un registro. In questo caso in cui è richiesta la risultanza, la parte può produrre in giudizio o la dichiarazione negoziale che rispetta la forma o una prova che rispetti tale forma.

Ci sono forme la cui nullità non può essere sanata (come quando si vende un immobile senza rispettare la forma pubblica), ci sono forme che possono essere sanate (per esempio normalmente la donazione richiede atto pubblico, mentre la donazione manuale – ossia la donazione di un bene mobile con la consegna dello stesso – non richiede tale forma; quindi se si dimostra che una donazione è una donazione manuale si può evitare la sanzione per la mancanza di forma), ci sono infine forme il cui difetto non è rilevabile d'ufficio (come per la forma ad probationem).

*Se la forma è imposta dalla legge, la giurisprudenza ritiene il vizio di forma come deducibile in ogni grado di giudizio e rilevabile d'ufficio.*”

“Ma le parti possono decidere che il contratto abbia una certa forma?”

“Certo, esiste la cosiddetta **forma volontaria**. Essa è disciplinata dall'art.1352 cc

**1352** cc:

*“Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo”*

Vediamo alcune particolarità dell'art.1352. Per esempio, la **procura**: l'art.1392 ci dice che “**la procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere**”; *tuttavia la giurisprudenza afferma che questa regola non si applica se la forma dell'atto da compiere è convenzionale.* Allo stesso modo l'art.1351 dice che **il contratto preliminare deve avere la stessa forma del contratto definitivo che vuole creare**. Ecco *se la forma che si è imposta al definitivo è volontaria, il preliminare non deve rispettare questa forma.*

E se la clausola con cui si stabilisce la forma volontaria non è redatta per iscritto? Ci si domanda se il patto con cui si sceglie una forma imponga tale forma per la validità dell'atto o per la prova di esso, o crei un'obbligazione di somministrare alla controparte la prova formale del contratto.

L'art. 1352 parla di **presunzione**. Ma questa presunzione è iuris et de iure (non ammette prova contraria) o iuris tantum (ammette prova contraria)? Possiamo dire che sia **iuris tantum**, ma non è una semplice presunzione interpretativa che permette la prova per testimoni. *Il patto crea la presunzione, e non si può dare prova contraria al patto per testimoni (2722).*

**Se le parti non hanno rispettato la forma volontaria, il contratto è nullo.** *Il giudice può pronunciarsi su tale situazione d'ufficio. Tuttavia essendo una scelta privata le parti possono scegliere di rinunciare alla forma che avevano pattuito per salvare il contratto.* Diciamo che se le parti decidono di non ritenere più valido un patto di forma volontaria, l'atto abrogativo di tale patto deve aver la stessa forma che avevano stabilito con il patto.

Un altro caso in cui le parti decidono la forma, in questo caso il proponente, è l'art.1326 quarto comma cc:

***“Qualora il proponente richieda per l'accettazione una forma determinata, l'accettazione non ha effetto se è data in forma diversa”***

Il proponente in questo caso può anche rinunciare alla forma.

C'è il caso di contratti formali che per essere capiti hanno bisogno di **chiavi**. La chiave è ammessa se ne è conoscibile l'identità e il contenuto. La forma comporta la scelta di chiavi e indici riconoscibili.

Poi c'è il caso di **contratti che nel loro contenuto rinviano ad altre dichiarazioni o a fatti**. Questo tipo di dichiarazione si chiama anche **PER RELATIONEM**. Le parti possono rinviare ad un fatto; qualora rinvino ad un'altra

dichiarazione, questa dichiarazione non deve avere un livello di forma inferiore a quella rinviante.

Altro problema: tutta la dichiarazione contrattuale deve essere formalizzata? Per esempio, in una vendita immobiliare basta che l'atto di trasferimento sia formalizzato, o lo deve essere per esempio anche la causa? La nostra giurisprudenza afferma che è nullo il patto con cui si trasferisce la proprietà di un immobile se non risulta la causa di questo scambio.

Va bene, abbiamo un po' parlato della forma in generale, adesso possiamo accennare a qualche forma particolare. Per esempio, la scrittura privata:

La **scrittura privata** è la **dichiarazione redatta per iscritto e sottoscritta dal dichiarante**.

Viene ammesso che si firmi prima e poi si scriva il contenuto. Ovviamente se viene scritto un contenuto diverso si può ricorrere alla querela di falso.

Se la parte è cieca, può sottoscrivere chi lo assiste. Non si può sostituire la **FIRMA** con una x o con l'impronta digitale. La firma deve riportare l'appellativo del dichiarante. I segni devono essere decifrabili ma, allo stesso tempo, purché sia possibile stabilire l'identità di chi firma, la leggibilità della firma non incide sull'esistenza della firma stessa. Viene ammessa la firma con nome diverso da quello dello stato civile purché identifichi il sottoscrittore. Se si firma col nome altrui, il sottoscrittore può essere vincolato secondo i principi della dichiarazione resa sotto falso nome.

È ammessa la dichiarazione meccanica della firma, molto usata nel campo dei titoli di credito emessi in massa (azioni, obbligazioni; 2354 cc)

Il requisito della firma non può essere supplito da fatti concludenti sostitutivi. La giurisprudenza ammette che far valere in giudizio un documento è equivalente alla sua sottoscrizione. La produzione da parte dell'attore è inefficace dopo la revoca della dichiarazione del convenuto, o dopo il termine espressamente fissato dal proponente per l'accettazione. Allo stesso modo, gli eredi della parte non possono produrre ottenendo l'effetto della sottoscrizione, in quanto non potrebbero efficacemente accettare; quindi, non può produrre efficacemente contro di loro.

L'art. **1350** fa un lungo elenco di **atti che necessitano della forma scritta**. Ma ha lasciato qualche lacuna: ad esempio il **contratto con cui due comproprietari modificano le proprie quote**. C'è anche dubbio per quanto riguarda le **quote di partecipazione a società che nel loro patrimonio hanno beni immobili**. Si può affermare che il trasferimento della quota sociale non necessita di forma scritta (per quanto riguarda la società personificata, ciò si giustifica perché l'immobile appartiene alla società, e il diritto del socio non è un diritto reale sull'immobile. Per quanto riguarda le

società di persone si ricorre alla differenza logica fra quota sociale e quota immobiliare).

Ci sono dubbi anche sulla *forma del contratto con cui si definiscono i confini di due fondi* (possiamo dire che se i confini vanno già bene così come sono, allora il contratto sarà un atto di puro accertamento e quindi non sarà necessaria la forma scritta; invece, se tramite tale contratto i confini vengono effettivamente modificati, allora in tal caso sarà necessaria la forma scritta).

Ci sono dubbi anche per quanto riguarda le norme per i diritti personali di godimento. Qui la *forma è in funzione della durata del rapporto*: per esempio le **locazioni ultranovennali** necessitano della forma scritta. Se la forma manca diventa nullo tutto il contratto o semplicemente si porta il contratto appena sotto la durata superata la quale sarebbe necessaria la forma scritta? Se ammettiamo la nullità parziale, tale nullità potrà estendersi a tutto il contratto quando risulta che la durata del rapporto era essenziale. Poi ovviamente se si va incontro alla nullità totale si potrà applicare la conversione se sussisteranno i requisiti di fatto.

Pongono delle perplessità gli art. 1351, 1392 e 1399

1351 cc

“Il contratto preliminare è nullo se non è fatto nella stessa forma che la legge prescrive per il contratto definitivo”

1392 cc:

“La procura non ha effetto se non è conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere”

1399 cc comma 1 (in tema di rappresentanza):

“Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso.”

Se vogliamo integrare coerentemente queste norme con il resto del sistema, bisogna estendere la portata del 1351 assoggettando alla forma tutti i contratti e gli atti da cui derivi l'obbligo di operare, o il diritto di pretendere, o il potere di attuare una circolazione di diritti immobiliari.

Le regole del 1351 e 1392 per la forma ad substantiam vengono applicate anche alla forma ad probationem.

Ci sono stati vari dubbi nel campo dell'**obbligazione di trasferire** imposta al **mandatario** o ad **altro fiduciario**. Si discute se il mandato di acquistare un immobile

sia un preliminare, in quanto contiene l'obbligo del mandatario di trasferire al mandante o se si possa comunque ricondurre tramite interpretazione estensiva al preliminare o comunque alla necessità della forma scritta. *Crea dubbi il fatto se il mandato ad acquistare un immobile senza forma scritta sia valido*. Possiamo dire che le azioni ammesse contro mandati informali siano giustificate se sussistono gli estremi per l'azione di arricchimento, e quindi non tanto per il mandato informale in sé. Per cui è rilevante, per esempio, il caso in cui io sulla base di un mandato informale senza rappresentanza ho dato cinquantamila euro a Orazio per comprarmi, sulla base di un mandato, un rustico. Orazio ha preso i 50.000 euro, ha comprato il rustico e quindi si è arricchito. Ma se io dicessi ad Orazio "acquista l'immobile" sulla base di un mandato informale e Orazio non esegue la cosa finisce, non si sono formate responsabilità, il contratto è nullo.

Ci si domanda quale forma debbano avere i **negozi risolutivi dei contratti**. *Alcuni ritengono che l'atto risolutivo sia da considerare avente gli stessi requisiti di forma del negozio cui afferisce. Altri invece affermano che per decidere quale forma debba avere il negozio risolutivo bisogna vedere qual è l'effetto cui tende* (ad es. se il negozio risolutivo comporta un trasferimento immobiliare ci vorrà la forma scritta).

L'accordo risolutivo per mutuo consenso di un contratto per il quale la legge richiede la forma ad substantiam è soggetto alla stessa forma che la legge richiede per la sua conclusione. Viene richiesta la forma scritta per lo scioglimento di un'alienazione immobiliare. Invece per il contratto di società (con apporto di solo godimento) e per la risoluzione del contratto di locazione ultranovenale non c'è bisogno della forma, perchè la risoluzione del contratto di locazione ultranovenale non va a creare nessun diritto personale ultranovenale.

Ci sono poi altre forme, come la dichiarazione espressa che esclude la dichiarazione tacita per fatti concludenti. Si utilizza questa forma per esempio per la fideiussione.

Poi vi è l'**atto pubblico**, definito dall'**art. 2699 cc**:

*"L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato"*

Ci sono **diversi tipi di atto pubblico**. In uno è necessaria la *presenza dei testimoni* (come nella donazione), in un altro se le parti sono capaci di leggere e scrivere, possono rinunciare ai testimoni (questa forma si utilizza per la costituzione di associazioni e fondazioni), in un altro tipo ancora si può prescindere totalmente dai testimoni (rinuncia all'eredità). Sono **pubblici ufficiali** i notai, con competenza generale, i consoli con competenza generale, i funzionari delle pubbliche amministrazioni, con competenza limitata agli atti in cui sia parte una pubblica

amministrazione, i cancellieri cui è attribuita la redazione del verbale dell'udienza civile.

Nuove forme sono sorte con lo sviluppo della tecnologia: il telegramma, la fotocopia, il telefax

Per quanto riguarda la **fotocopia** abbiamo il 2719:

“Le copie fotografiche di scritture hanno la stessa efficacia delle autentiche, se la loro conformità con l'originale è attestata da pubblico ufficiale competente ovvero non è espressamente disconosciuta”

Per il **telegramma** il 2705 cc:

“Il telegramma ha l'efficacia probatoria della scrittura privata, se l'originale consegnato all'ufficio di partenza è sottoscritto dal mittente, ovvero se è stato consegnato o fatto consegnare dal mittente medesimo, anche senza sottoscriverlo.

La sottoscrizione può essere autenticata da notaio.

Se l'identità della persona che ha sottoscritto l'originale del telegramma è stata accertata nei modi stabiliti dai regolamenti, è ammessa la prova contraria.

Il mittente può fare indicare nel telegramma se l'originale è stato firmato con o senza autenticazione.”

E il 2706 cc:

“La riproduzione del telegramma consegnata al destinatario si presume, fino a prova contraria, conforme all'originale.

Il mittente, se ha fatto collazionare il telegramma secondo le disposizioni dei regolamenti, si presume esente da colpa per le divergenze verificatesi tra originale e riproduzione”

Per quanto riguarda il **TELEX** non c'è un ufficio incaricato di inviare il messaggio che possa testimoniare sull'identità del mittente, ma c'è un macchinario di cui il mittente, quando lo aziona, è responsabile: quindi si passa dal principio della personalità, suità della dichiarazione a quello della **responsabilità per la dichiarazione**.

Il telex è attendibile come mezzo di prova ma non è un equivalente idoneo alla scrittura privata se questa è richiesta per la validità dell'atto.

Il **telefax** individua come il telex il responsabile della dichiarazione, riproduce la sottoscrizione. È una scrittura privata

**Registratori** e altri modi di riproduzioni del parlato non sono scritture private.

Per quanto riguarda la **dichiarazione telematica**, i problemi riguardano la provenienza e l'integrità del messaggio. Si parla di **firma elettronica** per indicare qualsiasi modo di autenticazione. Quindi in questo contesto firma non significa sottoscrizione, ma appunto è una *forma di autenticazione, un accertamento dell'autenticità del messaggio*. Si parla poi di **firme elettroniche avanzate**, che *garantiscono la connessione univoca al firmatario e la sua univoca identificazione*. C'è poi la **firma digitale**, nella quale *il dichiarante trasmette avvalendosi di una chiave privata, nota solo a lui, e il destinatario decifra grazie ad una chiave pubblica e individua il mittente grazie all'intervento di un terzo certificatore*. *La firma digitale garantisce tanto la provenienza del messaggio quanto la sua integrità*. La firma digitale può essere ulteriormente autenticata da un notaio o altro pubblico ufficiale autorizzato. Il messaggio telematico con firma telematica ha l'efficacia di una scrittura privata, ma ha efficacia probatoria maggiore in quanto la firma digitale rende certa la provenienza ed esclude l'alterazione. **Il documento informatico senza firma ha l'efficacia probatoria ex 2712 cc:**

*"Le riproduzioni fotografiche, informatiche o cinematografiche, le registrazioni fonografiche e, in genere, ogni altra rappresentazione meccanica di fatti e di cose formano piena prova dei fatti e delle cose rappresentate, se colui contro il quale sono prodotte non ne disconosce la conformità ai fatti o alle cose medesime"*

Il documento informatico con firma elettronica si considera atto scritto e sul piano probatorio è liberamente valutabile

*Il documento informatico con firma digitale o con firma elettronica avanzata. In genere, se la firma è basata su un certificato qualificato ed è generata mediante un dispositivo per la creazione di una firma sicura, fa piena prova fino a querela di falso della provenienza.*

Altre strane formalità sono la **forma olografa** (la designazione del beneficiario dell'assicurazione sulla vita può essere fatta con testamento) tutta di pugno del dichiarante e la forma segreta, l'uso di certe parole (come nel pagherò cambiario), l'uso dei verbali per le delibere condominiali, dell'assemblea dei soci etc., l'uso di una data lingua.

LA CAUSA

Un altro degli elementi fondamentali del contratto è la **causa**. Sulla causa del contratto si è detto di tutto. Qualcuno considera causa la *somma delle due promesse*. Altri dicono anche che la causa sia la *funzione del negozio*. Ma qualcuno obietta che se la causa fosse la funzione, allora qualunque negozio avrebbe una causa, perché tutti i negozi hanno una funzione (il testamento, la procura etc.). La causa viene anche

definita come *funzione del contratto approvata dall'ordinamento giuridico*, perché credono che la causa sia una forma di controllo sociale su ciò che fanno i contraenti. Tuttavia, possiamo dire che questo controllo è superfluo, perché per il controllo della legge basta il requisito della liceità.

**In generale possiamo dire che se ci sono due sacrifici reciproci allora c'è una causa, perché l'obbligazione della parte trova una causa nella controprestazione della controparte e viceversa.**

Ci sono dei casi in cui la situazione non è così lineare. Per esempio, se Cirillo assume l'impegno incondizionato di pagare sperando nella controprestazione di Lidia di dare una **cosa futura ed incerta** (ad esempio un'automobile ancora in costruzione), potremo dire che c'è una causa se la cosa futura viene effettivamente ad esistenza, perché il pagamento di Cirillo avrà una causa nella macchina che riceverà; potremo dire che c'è la causa anche se le parti hanno previsto di sottoporre Cirillo ad un rischio (ossia il rischio che la cosa futura non venga in essere). Tuttavia, se la cosa futura non viene in essere e se le parti non avevano previsto di sottoporre Cirillo ad un rischio, allora non ci sarà una causa.

C'è il caso in cui ci sono *due promesse con condizioni opposte* (per esempio una scommessa: se vinco io, ti do i soldi; se vinci tu, mi dai i soldi: le due condizioni sono opposte); in questo caso *ciò che spinge le parti a contrattare non è solo la repromissione (se vinci ti pago) ma è anche la creazione di un'alea, di un rischio.*

Queste due circostanze insieme formano la causa di questi negozi particolari, tra l'altro non idonei a generare obblighi azionabili (almeno per le scommesse; per i giochi che comportano una certa abilità è riconosciuta l'azione ma entro limiti ragionevoli)

Dove troviamo la **causa in quei negozi nei quali soltanto una parte va incontro a sacrifici giuridici**? La causa la troviamo nell'interesse che quel soggetto trova nello stipulare un contratto dove subisce soltanto lui sacrifici, per esempio:

1) *quando la promessa è sottoposta ad una condizione, il cui verificarsi dipende dal promissario* (colui al quale è rivolta la promessa), *e si rivolge a vantaggio patrimoniale del promittente*, ossia colui che promette (ti da cinque euro se mi ritrovi il gatto; in questo caso è solo il promittente che va incontro al sacrificio giuridico dei cinque euro, tuttavia lui ha interesse a questo accordo perché vuol ritrovare il gatto.

2) *quando il solo fatto di promettere va a vantaggio del promittente* (per esempio Giovanni promette di non revocare una proposta contrattuale, al fine di fare in modo che Clara esamini e consideri con attenzione la sua proposta e nella speranza che la accetti)

3) *quando la prestazione ha un risvolto a favore del promittente* (per esempio se un aspirante attore promette di partecipare a qualche scena di un film senza compenso)

4) *Quando la promessa della persona giuridica, o la prestazione, servano al promittente per perseguire la finalità statutaria* (per esempio un'associazione a favore dei poveri che prometta di dare un abito completo a chi dichiara di averne bisogno)

5) in alcuni casi *la promessa persegue un interesse collettivo o un interesse morale sentito dai promittenti* (per esempio i comitati).

**C'è il caso in cui il contenuto di una promessa è inidoneo. Se il legislatore condanna sia la promessa che la prestazione allora la promessa non può essere causa della promessa reciproca. Tuttavia, ci sono casi in cui il legislatore condanna la promessa ma non la prestazione.** Per esempio, un lavoratore si impegna verso il datore di lavoro a non fargli concorrenza per un periodo eccessivamente lungo (il legislatore condanna questo negozio; infatti dopo la cessazione del rapporto di lavoro è possibile stipulare un patto di non concorrenza con l'attività del datore di lavoro in cambio di un corrispettivo, purché non ecceda dei limiti temporali), per cui dopo la misura temporale in cui il patto di non concorrenza è valido, il lavoratore può non adempiere alla sua promessa di non concorrere (perché il patto di non concorrenza è nullo per legge); tuttavia, se il lavoratore adempie alla sua promessa anche se nulla, allora avrà diritto al corrispettivo da parte del datore di lavoro. **Per cui la prestazione dedotta nella promessa nulla (non ti farò concorrenza) diventa condizione dell'altra promessa (se non ti faccio concorrenza, tu mi paghi), ed è questa condizione che diventa la causa del contratto.**

Ma ci sono anche casi in cui il promittente non abbia un interesse alla conclusione del contratto, ed allora si dirà che l'**atto è in pura perdita**. Ma ci sono atti in perdita che hanno una giustificazione. Infatti, *UN CONTRAENTE POTREBBE SOPPORTARE UNA PERDITA PER RAFFORZARE UN'OBLIGAZIONE PRECEDENTE*, come avviene nella **promessa di garanzia** (io ti do in pegno il mio orologio per darti una garanzia che ti pagherò e quindi per farmi vedere affidabile e così farmi concedere il credito). Un altro caso di contratto in perdita, oltre ai contratti di garanzia, è il **contratto con causa di pagamento** (per esempio la *dazione in pagamento* o datio in solutum; Jonni deve pagare a Philipp 100 euro; siccome Jonni non ha cento euro in denaro, offre di liberarsi dall'obbligazione offrendo le sue scarpe. Se Philipp accetta, l'obbligazione si scioglie e Jonni è liberato. In questo caso Jonni, con il contratto con cui offre di adempiere con le sue scarpe, non ci guadagna nulla in termini di controprestazione, ma si scioglie dal debito!)

Ci sono poi contratti che sono sostenuti da un **puro elemento soggettivo** (la finalità di un contratto, lo scopo), poi ci sono **negozi astratti** (*cioè senza causa*) e **atti quasi contrattuali camuffati da contratto**.

La **causa soltanto soggettiva** non è vista molto bene, perché in questo caso pare che lo spostamento di soldi o di beni appaia arbitrario. Diciamo che **si salva utilizzando la forma della donazione**. Perché la forma solenne della donazione dà garanzia di una certa serietà della promessa. Diciamo che **la causa può essere supplita dalla forma, ma anche per esempio da un atto esecutivo come la consegna**. **Se non c'è una causa e non c'è nemmeno la forma o la consegna, allora il negozio è nullo per mancanza di causa**.

La **prestazione di fatto dello stipulante volta a vantaggio del promittente può essere dedotta come condizione della promessa, e giustificare la promessa stessa**.

C'è anche il caso della promessa fatta per un beneficio ricevuto in passato: in questo caso si suole parlare di **OBBLIGAZIONE ASSUNTA PER UNA CAUSA PRAETERITA**, ossia per una causa passata. Spesso la causa praeterita sorge da un'obbligazione naturale.

L'obbligazione naturale è definita dal 2034 del cc:

*“Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace.*

*I doveri indicati dal comma precedente, e ogni altro per cui la legge non accorda azione ma esclude la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato, non producono altri effetti”*

Quindi **le obbligazioni naturali non dovrebbero poter giustificare una promessa, in quanto non creano obbligazioni** (se non sbaglio) (a parte la ripetibilità del pagato se la prestazione è stata eseguita da incapace).

**Tuttavia** possiamo trovare un argomento a favore della possibilità per le obbligazioni naturali di giustificare una promessa dall'art.770 cc:

*“Non costituisce donazione la liberalità che si suole fare in occasione di servizi resi o comunque in conformità agli usi”*

Quindi, **se i servizi resi in qualche modo giustificano il pagamento (la liberalità) a maggior ragione dovrebbero farlo le obbligazioni naturali**. Questo è l'argomento, se non ho capito male.

Come si può notare, **la forma può sostituire la causa** e ciò dimostra che l'idea che la causa serva a garantire all'ordinamento un controllo sulla bontà delle operazioni giuridiche non ha basi così solide.

Nel nostro ordinamento è presente uno **strumento che consente di astrarre dalla causa**, cioè di aggirare il requisito della causa, e questo strumento è la

**confessione**. La confessione non può essere resa inoperante tramite la prova della sua falsità, la si può invece rimettere in discussione soltanto per errore. Quindi, chi confessa un fatto falso ne subisce le conseguenze. *Un privato tramite la confessione potrebbe creare un'obbligazione aggirando il requisito della causa*, tipo dire che deve 10 euro a Publio.

Facciamo degli esempi di **ATTI ASTRATTI**:

- A) L'**accertamento** (riconoscimento dell'esistenza o meno di un diritto)
- B) La **rinuncia abdicativa ad un diritto** (ad esempio la rinuncia alla proprietà). Non è un contratto ma è un atto unilaterale. Non è totalmente arbitraria perché *il debitore può impedirla*
- C) Per la **transazione** basta una causa soggettiva (lo scopo che la parte vuole raggiungere)
- D) Il **contratto normativo**, senza un vero contenuto patrimoniale, ma che serve solo a regolare i rapporti fra le parti.
- E) La **promessa di non sollevare una questione di competenza territoriale** (per esempio nell'accordo fra due aziende, una delle aziende rinuncia a sollevare eccezioni sulla competenza territoriale di un certo foro),
- F) l'accettazione dell'equivalenza fra il proprio silenzio e la propria accettazione
- G) Il **mandato gratuito** (avvocato, vai a firmare il mio atto di vendita dal notaio. Non ti do nulla in cambio), il **patto di fiducia gratuito** (ti do un mio bene. Esercitalo secondo le mie istruzioni e gratuitamente, poi restituiscimelo), il **trust gratuito** (trasferisco dei beni ad un amministratore fiduciario affinché li gestisca nell'interesse di un beneficiario o per qualche scopo, senza ricevere alcun compenso)

Ci sono poi casi di **astrazione processuale**, come nel caso delle **promesse di pagamento**. Infatti, *le promesse di pagamento possono essere allegare in giudizio senza allegarne né provarne la causa, la quale si presume fino a prova contraria*.

Pare di poter affermare che si procede nello stesso modo per le **promesse incorporate nei titoli di credito**.

Funzioni causa:

Se Claudio si è impegnato a pagare le arance a Nevio, ma viene a sapere che le arance Nevio non ce le ha perché non sono cresciute (oggetto inesistente), allora Nevio può non pagare, perché è venuta meno la causa.

Le cause non si possono sostituire una con l'altra. Se il negozio richiede una causa, deve essere presente quella causa tipica di quel negozio.

La causa collega tra loro gli effetti di un contratto: per cui, di regola, il contratto deve essere prodotto in giudizio intero.

**Il difetto di causa è rilevato d'ufficio dal giudice.**

Analizziamo un contratto un po' particolare, ossia il **CONTRATTO FIDUCIARIO**. In base a tale contratto un soggetto, detto **fiduciante**, *trasferisce un diritto ad un altro soggetto, detto **fiduciario** per la realizzazione di un certo fine. Una volta che il fiduciario avrà realizzato quel certo fine, allora dovrà restituire il bene al fiduciante.*

Questo contratto può essere stipulato per un **vantaggio che ne trae il fiduciante** (per esempio assegnare un gestore al suo bene) ed in tal caso parleremo di **fiducia cum amico** o può essere stipulato **per dare una garanzia al fiduciario** (per esempio Luca dà con un patto di fiducia una casa a Nevìa, verso la quale ha un debito, cosicché Nevìa abbia una garanzia del suo credito). In questo caso se non sbaglio si parla di **fiducia cum creditore**.

Si distingue poi tra fiducia dinamica (credo?), che sussiste quando vi è un trasferimento del bene dal fiduciante al fiduciario, e fiducia statica, quando il bene era già presso il fiduciario.

Quindi possiamo dire che il contratto fiduciario trova la sua peculiarità nella **dissociazione fra titolarità e interesse** (perché, per esempio, la casa viene trasferita ad Ornella, il fiduciario, che quindi ne avrà la titolarità. Ma Ornella gestisce la casa nell'interesse di Paolo, il fiduciante, ed inoltre sarà gravata dall'obbligo di ritrasferirgli la casa)

**Questo negozio trova legittimazione nel codice attraverso la figura del mandato:** infatti in questa fattispecie si dice che il mandatario che acquista per conto del mandante diventa effettivo proprietario del bene ma con l'obbligo di trasferire questo bene al mandante.

Dove troviamo la **causa del contratto fiduciario**? **Se questo contratto fiduciario si inserisce in un contratto più ampio, allora la causa la troveremo in questo più ampio contratto.**

Ma se il contratto fiduciario è da solo? Non possiamo dire che è uno scambio; non c'è nemmeno una vera e propria corrispettività, perché il fiduciario acquista un diritto ed assume allo stesso tempo un'obbligazione di restituire quel bene, ma non vi è un sinallagma, come ad esempio nella vendita dove io acquisto un diritto in cambio di un'obbligazione; nella fiducia acquisto sì un diritto ma lo dovrò restituire e il bene non mi arricchisce (ha un valore viceversa il servizio di prestanome che faccio al fiduciario)

Beh, possiamo dire che **l'accordo fiduciario non ha più causa di quanta ne abbia un accordo per conferimento di procura**. Quindi ne consegue che **la promessa di**

ricevere la fiducia, se non interessata, non vincola. **Ma se il fiduciario accetta l'intestazione del bene, allora dovrà gestirlo diligentemente.** Potrebbe voler liberarsi da questa intestazione, ma non lo può fare all'improvviso creando difficoltà al fiduciante.

**C'è il caso in cui c'è anche l'interesse del fiduciario**, nel caso in cui il fiduciario possa approfittare in qualche modo di ciò che acquista con la gestione del bene dato in fiducia. **La fiducia può essere costituita solvendi causa** (cioè per sciogliere un debito), se il fiduciario è autorizzato a vendere il bene di cui è titolare e trattenere il ricavo in pagamento di un credito precedente (è il caso della **fiducia cum creditore**)

**Quindi abbiamo un caso dove il fiduciario non sembra aver alcun interesse economico, ma sembra gestire il bene nel solo interesse del fiduciante (fiducia cum amico)** ed un altro dove invece il fiduciario gestisce il bene ma ha anche un proprio interesse (fiducia cum creditore; qui forse sarà più facile trovare una causa).

Parliamo ora di un **atto solutorio**. **L'atto solutorio è un atto con il quale si vuole estinguere un'obbligazione**, e l'esempio classico è il pagamento di denaro. Si discute sulla causa di questo atto. Sappiamo che nel nostro ordinamento il consenso trasferisce il diritto. Talvolta, quando le cose da dare sono indeterminate, c'è bisogno di una determinazione delle cose oggetto della prestazione. E spesso questa determinazione coincide con la consegna. Questa consegna è un puro comportamento materiale di determinazione dell'oggetto della prestazione, o si configura come un negozio solutorio bilaterale, un contratto solutorio traslativo? Se è un contratto, che causa ha? Se non ci fosse un contratto, ad esempio di compravendita, sottostante, sarebbe in grado di stare in piedi da solo, di trasferire la proprietà? Dobbiamo dire che nel nostro sistema se non c'è consenso non c'è trasferimento del diritto e quindi se la consegna è avvenuta senza consenso è inefficace. **Ci pare di poter dire quindi che la consegna, l'atto solutorio, senza causa non trasferisce la proprietà.**

*Vedendola da un'altra prospettiva, la consegna sarebbe un contratto che si basa su un consenso e quindi avrebbe bisogno, ex 1325, di una causa.*

In alcuni casi l'atto solutorio non è una consegna ma è una dichiarazione di alienazione, come nel caso in cui il mandatario trasferisce la proprietà al mandante. Possiamo dire che in questi casi l'alienazione consensuale effettuata per causa solutoria non è operativa se c'è la falsità della causa.

## I MOTIVI

Un altro elemento del contratto cui abbiamo già accennato è il **motivo**, cioè il motivo per cui le parti stipulano un certo contratto (ad esempio prendo in locazione un salone perché voglio fare il mio studio artistico)

Il codice parla dei motivi in poche disposizioni, ad esempio nel 788 cc:

*“Il motivo illecito rende nulla la donazione quando risulta dall'atto ed è il solo che ha determinato il donante alla liberalità”*

Oppure se ne parla anche nel **1345 cc**:

*“Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe”*

Anche l'art. 1418 fa riferimento al motivo parlando di cause di nullità del contratto.

Oltre alle fattispecie del 788 e 1345, ci sono altre *fattispecie che causano l'invalidità del contratto e che dipendono dagli stati soggettivi o altre circostanze rilevanti*.

Per esempio, la **causa passata immorale**, la **lesione o frustrazione di un diritto altrui**. Si ha **frode** quando il negoziare è antiggiuridico per uno dei contraenti e l'altro ne sia al **corrente** (ad esempio Peppino vende i suoi pantaloni a Paolo, ma li aveva già promessi a Riccardo, oppure ad esempio quando Laura ruba slealmente un cliente a Francesca). Si ha frode anche **quando il negozio comporta la violazione di un diritto assoluto altrui** (per esempio Lucio acquista un immobile da Paola, ma lei aveva già venduto l'immobile ad Edoardo; tuttavia, l'alienazione a Edoardo non è stata trascritta e quindi Lucio, se trascrive prima, potrebbe prevalere su Edoardo e prendersi l'immobile - se non ho capito male l'esempio).

Un'altra fattispecie invalidante è il **favorire un reato o un'altra attività immorale**. Come i contratti di favoreggiamento di reato (per esempio mi accordo con Emanuele che appena evade dal carcere lo porto all'estero).

Oppure anche il contratto che abbia uno **scopo abusivo**, e quindi il contratto sia un mezzo per creare discriminazione che ripugnano gravemente alla morale.

## L'INTERESSE

Un altro elemento del contratto è l'**interesse**.

Secondo l'**art. 1174** l'*interesse che il creditore ha nell'adempimento dell'obbligazione del debitore è un elemento fondamentale dell'obbligazione*.

L'art. 1322 ci dice che le parti possono stipulare **contratti atipici**, *purché rientrino nel limite dell'interesse meritevole di tutela*.

Cosa succede se un contraente stipula un contratto in cui non ha interesse? Per esempio, Callisto stipula un contratto con Raffaello perché affreschi la facciata di un palazzo che non gli appartiene. Potrà Callisto rifiutare di pagare Raffaello, una volta che questo ha adempiuto alla sua obbligazione, dicendo che lui non ha un interesse economico alla sua prestazione? Ci sembra ovvio dire che lo dovrà pagare lo stesso. **Il contratto però non sarà più un contratto bilaterale** (Raffaello affresca e Callisto paga),

ma un **contratto unilaterale condizionato** (se Raffaello dipinge, Callisto dovrà pagare). Ovviamente la situazione cambia perché nel contratto bilaterale le parti si obbligano fin dall'inizio, mentre nel contratto unilaterale condizionato solo una parte si obbliga (Callisto) e soltanto se l'altra parte (Raffaello), decide di eseguire la sua prestazione. Quindi se Raffaello decide di non dipingere, non sarà inadempiente.

Ci sono prestazioni in cui l'interesse non vi è perché sono completamente inutili. Per esempio, un attore che recita un'intera tragedia in una stanza senza spettatori.

## LA CONSEGNA

Talvolta è molto importante la **consegna**, la traditio.

Per esempio, nella donazione di modico valore, anche detta **donazione manuale** di cui ci parla l'art. 783 cc:

*“La donazione di modico valore che ha per oggetto beni mobili è valida anche se manca l'atto pubblico, purché vi sia stata la tradizione.*

*La modicità deve essere valutata anche in rapporto alle condizioni economiche del donante.”*

Questo negozio *non pare essere assistito da una causa, eccetto che da motivi soggettivi.*

Si differenzia dalla donazione perché non ha il requisito della forma, ma ha il requisito della consegna.

La **consegna**, innestata sulla volontà di alienare, produce l'effetto cui mira se preesiste una relazione tra le parti che renda in qualche modo doverosa, o conforme a convenienza, la prestazione.

Per esempio, ciò avviene nel caso dell'art. 799: il donante ha fatto una **donazione nulla**; se gli eredi danno esecuzione a questa donazione, non possono più far valere la nullità se conoscevano la causa di nullità

Nello stesso modo, non può essere fatta valere la **disposizione testamentaria nulla** da chi, conoscendo la causa di nullità, la ha confermata o vi ha dato esecuzione (599)

La stessa soluzione la troviamo nel **2940** cc:

*“Non è ammessa la ripetizione di ciò che è stato spontaneamente pagato in adempimento di un debito prescritto”*

E lo stesso **2034** primo comma, che generalizza un po' questo concetto:

*“Non è ammessa la ripetizione di quanto è stato spontaneamente prestato in esecuzione di doveri morali o sociali, salvo che la prestazione sia stata eseguita da un incapace”*

Si deve ritenere che chi paga non perda solo l'azione di ripetizione, ma anche quella di rivendicazione, e quindi chi riceva acquisti la proprietà del bene.

In questo caso possiamo vedere l'atto solutorio come avente una struttura esecutiva (che coinvolga la consegna, quando si tratta di beni mobili).

Anche **quando si gioca e si scommette**, se a seguito della scommessa si consegna un bene a qualcun altro, non si può chiederne la ripetizione. Quindi anche qui ciò che trasferisce la proprietà è la consegna dato che se io non consegnassi il bene, questo non passerebbe alla controparte dato che le scommesse non generano obblighi azionabili ma solo obbligazioni naturali, il cui effetto è quello di impedire l'irripetibilità del pagato.

Possiamo riassumere queste ipotesi dicendo così: *in esse non c'è un obbligo di pagare, tuttavia se consegna il bene, la consegna è valida e trasferisce la proprietà.*

Poi ci sono i cosiddetti **CONTRATTI REALI**, che *si perfezionano solo con la consegna della cosa*. Essi sono il **mutuo**, il **comodato**, il **deposito**, il **pegno**, la **donazione manuale**, il **riporto**, cui si aggiungono talora il **sequestro convenzionale** ed il **sequestro estimatorio**.

Ci sono delle differenze per quanto riguarda il requisito della consegna in queste diverse ipotesi: *se nel deposito manca la consegna, non ci sarà deposito. Invece se nel pegno non c'è la consegna della cosa, si potrà comunque perfezionare un contratto ad efficacia reale obbligatoria.*

Un caso particolare riguarda il **mutuo**. Infatti, oltre al mutuo, è regolata anche la **promessa di mutuo** (1822) nel quale la promessa di dare a prestito cose fungibili fa nascere il vincolo giuridico. Quindi *nel caso della promessa di mutuo il solo consenso fa sorgere l'obbligo.*

Qualcuno ha detto: allora è possibile fare anche una promessa di comodato, o una promessa di deposito. Tuttavia, si dice che questi rapporti sono così vicini ai rapporti di cortesia (che non fanno sorgere obblighi), che senza la consegna non si potrebbe provare l'intenzione di obbligarsi.

Dobbiamo specificare che *se per il mutuo o il deposito è previsto un compenso, e quindi sono contratti onerosi, questi potrebbero funzionare anche solo con il consenso (tuttavia se non sbaglio necessitano lo stesso della consegna, sono cioè contratti reali)*

Il problema della necessità della consegna resta per il **comodato, il deposito ed il mutuo gratuiti**. Questi accordi non hanno una vera e propria causa, ed infatti la

giurisprudenza non ha concesso azione a chi ha reclamato un diritto sulla base di un comodato consensuale, o di un deposito o mutuo gratuiti consensuali.

Quindi possiamo dire che *in questi accordi la consegna supplisce la mancanza della causa*.

Parliamo del **contratto estimatorio**. Dalla norma che lo regola (il 1556 cc), **pare essere necessaria la consegna**. Il contratto estimatorio è per esempio quello che utilizzano i rivenditori: per esempio chi vende i giornali, se ne fa portare cento, li paga, vede quelli che riesce a vendere ed il resto li restituisce facendosi ridare il prezzo. *Si ritiene che anche prima della consegna i rapporti fra le parti siano operanti ed azionabili* (il legislatore si sarebbe concentrato sulla consegna perché è dopo di essa che nasce il particolare potere di disposizione di cui gode l'acquirente).

## IL PRINCIPIO CONSENSUALISTICO

Spesso si sente dire che nel nostro ordinamento vige il **PRINCIPIO CONSENSUALISTICO**, come sancito dal **1376 cc**:

*"Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato"*

Tuttavia, *questo dogma non è così assoluto, in quanto non si applica a tutti i diritti assoluti, non si applica a tutte le cose, non si applica a tutti gli effetti del trasferimento*.

In relazione a taluni diritti, ad alcuni beni, ad alcuni effetti s'impone ancora l'atto esecutivo della convenzione: per i beni mobili la traditio, ossia la consegna.

Un esempio di *diritto che sfugge al principio consensualistico: il pegno*.

Come ci dice l'**art.2786** il pegno delle cose mobili si costituisce con la consegna al creditore della cosa o del documento che conferisce l'esclusiva disponibilità della cosa. Questa fattispecie costitutiva del pegno non può essere sostituita da una fattispecie consensuale, come il costituito possessorio (quel tipo di trasferimento del possesso che avviene senza la consegna della cosa. Ad esempio, io ti trasferisco il possesso del mio appartamento ma non te lo consegno in quanto ci rimango dentro io a titolo di conduttore di un rapporto di locazione di cui te, acquirente del possesso, sei il locatore). Andrebbe bene la traditio brevi manu (Anche qui non c'è la consegna ma perché io già detenevo il bene; per esempio io sono conduttore di un appartamento,

acquisisco il possesso e non ho bisogno della consegna del bene, in quanto già ho il bene in quanto ci abito nell'appartamento)

Anche per quanto riguarda l'**ipoteca** non basta il consenso. Come ci dice l'art.2808 secondo comma, l'ipoteca si costituisce con l'iscrizione dell'ipoteca nei registri immobiliari. Quindi il contratto costitutivo d'ipoteca ha effetti solo obbligatori: il potere di alienare, la garanzia ed ogni altro effetto reale dipendono dalla formalità.

*I beni immobili, e i mobili registrati, circolano per effetto del semplice consenso. La trascrizione nei registri ha funzione pubblicitaria e serve a dirimere i conflitti fra più acquirenti secondo una graduatoria di priorità.*

Gli **atti di esecuzione sono rilevanti per quanto riguarda i titoli di credito** (documento che attesta l'esistenza di un diritto di esigere una prestazione, come il pagamento di una somma di denaro o la riconsegna di beni). Si distingue fra:

1)**titoli al portatore** (non è indicato un beneficiario sul titolo. Semplicemente, il portatore avrà diritto a riscuotere la prestazione incorporata nel titolo. Si trasferiscono con la consegna),

2)**titoli all'ordine** (in essi è indicato uno specifico beneficiario. Si trasferiscono con la consegna e la girata. La girata è l'indicazione del nuovo creditore e deve essere firmata (se non sbaglio);

3)**titolo nominativo** (in essi è indicato il nominativo del beneficiario, ma l'intestazione deve anche essere annotata in un registro dall'emittente. Si trasferiscono tramite girata ed annotazione del nuovo beneficiario nel registro)

Nel codice troviamo ad esempio il 2008 ed il 2022.

*Tuttavia, gli articoli 2008, 2011 e 2015 adottano un linguaggio più sfumato riguardo al trasferimento dei titoli*

**2008 cc:**

*“Il possessore di un titolo all'ordine è legittimato all'esercizio del diritto in esso menzionato in base a una serie continua di girate”*

**2011 cc:**

*“La girata trasferisce tutti i diritti inerenti al titolo.*

*Se il titolo è girato in bianco, il possessore può riempire la girata col proprio nome o con quello di altra persona, ovvero può girare di nuovo il titolo o trasmetterlo a un terzo senza riempire la girata o senza apporre una nuova”*

## **2015 cc:**

*“L'acquisto di un titolo all'ordine con un mezzo diverso dalla girata produce gli effetti della cessione”*

Infatti, per esempio *nel 2008 il legislatore non afferma esplicitamente che con la girata si trasferisce la proprietà, ma si limita a riconoscere al possessore apparente il diritto di esercitare il credito*. Viene lasciata una via aperta a chi voglia contestare il trasferimento vero e proprio (ad esempio in caso di furto).

Anche *il 2011 parla di trasferimento di diritti inerenti al titolo, non parla di trasferimento della proprietà*.

*Il 2015 parla di acquisto con mezzo diverso dalla girata e parla di effetti della cessione. La cessione di credito garantisce meno tutele rispetto ad un titolo di credito.*

Innanzitutto, *la cessione del credito deve essere notificata al debitore ceduto, mentre ciò non avviene nel trasferimento dei titoli di credito. Inoltre, nella cessione di credito il debitore ceduto può opporre al nuovo creditore cessionario le stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre al vecchio creditore cedente, mentre ciò non avviene nel trasferimento di titoli di credito*. La cessione del credito è disciplinata dall'art.1260 e seguenti.

**Non sempre il consenso protegge adeguatamente l'acquisto della proprietà**. Per esempio, per quanto riguarda i **beni mobili**, nel **1155** il consenso al trasferimento della proprietà quando si tratti di cosa individuata è sufficiente allo scopo, ma *l'acquirente non è al riparo dagli effetti di una seconda alienazione fatta a persona in buona fede, se non si premunisce mediante la consegna*.

Anche l'acquirente di un **bene immobile** o **bene mobile registrato** *rischia di vedersi portar via la proprietà da un acquisto successivo del terzo, se non si premunisce tramite trascrizione* (2644 cc). *In questo caso la legge non distingue fra terzo acquirente di buona fede o di mala fede, quindi il rischio che grava sull'acquirente dell'immobile originario è più grave*.

In tema di **diritti personali di godimento**, come la locazione, *il legislatore regola il conflitto tra più conduttori sulla base della priorità nell'acquisto della detenzione* (1380)

*Per quanto riguarda le obbligazioni collegate con il possesso dell'immobile, si nota una tendenza della giurisprudenza a subordinare l'efficacia di fronte ai terzi acquirenti alla trascrizione del titolo da cui dipendono* (per esempio si applica questo criterio al regolamento condominiale).

Vediamo adesso la gestione dei rischi nei contratti che trasferiscono la proprietà o altri diritti reali nell'art. **1465 cc**:

*“Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata.*

*La stessa disposizione si applica nel caso in cui l'effetto traslativo o costitutivo sia differito fino allo scadere di un termine.*

*Qualora oggetto del trasferimento sia una cosa determinata solo nel genere, l'acquirente non è liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione, se l'alienante ha fatto la consegna o se la cosa è stata individuata.*

*L'acquirente è in ogni caso liberato dalla sua obbligazione, se il trasferimento era sottoposto a condizione sospensiva e l'impossibilità è sopravvenuta prima che si verifichi la condizione”*

I rischi si trasferiscono all'acquirente prima del trasferimento del bene, del potere di disposizione e di rivendicazione, nella vendita sotto condizione risolutiva, se il perimento della cosa avviene fra il negozio ed il verificarsi della condizione (se non sbaglio).

## L'AUTONOMIA CONTRATTUALE

è interesse dell'ordinamento che il contratto sia giusto. Le concezioni liberiste fanno coincidere la giustizia del contratto dall'autonomia con cui esso viene stipulato. L'idea è che se due persone stipulano il contratto in modo libero e volontario, il contratto sarà giusto, perché selezionerà il regolamento di interessi più giusto per le parti. Ciò perché ogni soggetto conosce il suo bene ed i suoi bisogni.

Tuttavia, il mercato può subire distorsioni, come quelle causate dai monopoli o dall'abuso svolto dai contraenti professionisti verso i contraenti consumatori.

Per questo ci si chiede, è necessario che l'ordinamento intervenga con norme eteronome per limitare le ingiustizie e regolare il mercato dall'alto?

Nel nostro ordinamento se qualcuno commette un'ingiustizia e questa ingiustizia si accompagna al consapevole sfruttamento, scattano i rimedi dell'incapacità naturale, dello stato di bisogno e di pericolo. Ricordiamo inoltre la regolamentazione per controllare le clausole vessatorie.

Ma cosa dice il **diritto costituzionale** a proposito della giustizia contrattuale?

È importante l'**art. 41** che garantisce **libertà all'iniziativa economica privata**, che si collega al concetto di **autonomia contrattuale** dato che alla fine le scelte economiche dei privati si realizzano tramite lo strumento giuridico del contratto.

Ovviamente ci sono alcuni **articoli che proteggono dei diritti primari** (per esempio il diritto alla libertà personale) **e che quindi pongono dei limiti all'autonomia contrattuale** (non posso fare un contratto in cui compro la libertà di una persona)

Altri articoli che pongono dei **limiti**

**41 secondo comma:**

*“Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.”*

**44:**

*“Al fine di conseguire il razionale sfruttamento del suolo e di stabilire equi rapporti sociali, la legge impone obblighi e vincoli alla proprietà terriera privata, fissa limiti alla sua estensione secondo le regioni e le zone agrarie, promuove ed impone la bonifica delle terre, la trasformazione del latifondo e la ricostituzione delle unità produttive; aiuta la piccola e la media proprietà.*

*La legge dispone provvedimenti a favore delle zone montane”*

Alcuni articoli invece conferiscono al soggetto autonomia e immunità, cui corrispondono dei simmetrici vincoli al legislatore ordinario.

Per esempio, l'art. 41 già visto, l'art' **42** secondo comma:

*“La proprietà privata è riconosciuta e garantita dalla legge, che ne determina i modi di acquisto, di godimento e i limiti allo scopo di assicurarne la funzione sociale e di renderla accessibile a tutti”*

Da notare che la seconda parte del periodo contiene invece un limite all'autonomia privata

*All'intangibilità dei diritti primari provvedono norme ordinarie, le quali limitano gli atti di disposizione del proprio corpo, vietano la stipulazione di prestazioni contrarie alla norma imperativa ed al buon costume e limitano l'efficacia del contratto al campo dei rapporti patrimoniali.*

Quindi non sarebbe contraria a costituzione una legge che disconoscesse il contratto che mira al soddisfacimento di certi bisogni (uso di droga, possesso di armi) contrari ai diritti protetti nella costituzione. Lo stesso vale se si nega libertà ai contraenti per una necessità collegata alla protezione dell'ambiente.

**La socialità contrattuale** voluta dalla costituzione, ossia la funzione sociale ed i fini sociali del contratto, può essere perseguita attraverso tre strumenti:

- 1) il libero mercato con la sua concorrenza
- 2) il programma, ossia un insieme di incentivi a certe attività e disincentivi ad altre
- 3) la regolamentazione: ossia l'agire direttamente sui prezzi calmierandoli

In Italia la **regolamentazione** opera laddove vi siano distorsioni del mercato, dove ci sono monopolisti od oligopolisti, ovvero nell'area dove non si può contare sul mercato. Ma opera anche in campi normali come nelle locazioni dei contratti agrari e nel lavoro.

In Italia in passato abbiamo assistito ad una regolamentazione delle attività economiche molto forte, ora invece tende a riaffermarsi la libertà del mercato e quindi la libertà dell'iniziativa economica privata sancita dalla costituzione, che sarebbe limitata proprio dall'intervento del legislatore ordinario attraverso monopoli pubblici o calmieri.

Ovviamente non basta che il contratto sia conforme al mercato perché esso non produca esternalità negative, ossia effetti negativi verso la società ed i terzi. Si cerca di limitare questa evenienza attraverso la regola del contenuto illecito del contratto.

Poi non si può lasciare tutto in mano alla libertà del mercato; infatti, problemi di giustizia sociale non risolti dal mercato dovranno essere risolti dal diritto con norme diverse dal diritto dei contraenti (misure fiscali, servizi pubblici, assistenza).

Possiamo poi fare una distinzione fra:

- A) i **contratti che procurano al contraente un profitto**. Questi contratti non mettono in gioco la personalità del contraente
- B) I **contratti che servono per acquistare un bene per il soddisfacimento di un bisogno umano**. Se si limitasse la libertà dell'acquirente si porrebbe un limite ai diritti della personalità. Se per esempio mi viene vietato di comprare un libro viene posto un freno al pieno sviluppo della mia persona umana.

Resta il fatto che anche il contratto economico merita protezione per la funzione sociale che svolge massimizzando la produzione di ricchezza della società.

## L'OGGETTO DEL CONTRATTO

Ci sono **vari modi di concepire l'OGGETTO del contratto**

Ad esempio, si può concepire l'oggetto come **cosa** o come **rapporto**

Oppure si può concepire l'oggetto come **prestazione**.

Oppure oggetto del contratto come **ciò che le parti hanno voluto**

Oggetto dell'accordo come oggetto che le parti hanno dichiarato di volere. Questa definizione si avvicina molto all'idea di **contenuto** del contratto.

*D'altronde questa sovrapposizione di termini pare accettata anche dal legislatore*: per esempio il 1322 si riferisce all'oggetto della determinazione delle parti chiamandolo contenuto, oppure il 1376 si riferisce alla vicenda cui è finalizzato il contratto chiamandolo oggetto. E gli art. 1346 e seguenti parlano di oggetto e prestazione come sinonimi (e in questo articolo prestazione va intesa piuttosto come la vicenda alla cui produzione è rivolto il contratto che non il comportamento dedotto nell'obbligazione).

Correlazione fra regolamento prestazione e cosa? La vicenda predisposta dalle parti sarà illecita o impossibile? Quando sia illecita o impossibile la prestazione dedotta nell'obbligazione che le parti volevano costituire, la vicenda sarà indeterminata se non verrà determinata quale sia la cosa di cui si voleva trasferire la proprietà.

Tende a crearsi una certa **confusione** fra le nozioni di **contenuto** e di **effetto** del contratto.

Paiono interscambiabili. Ipotizziamo una compravendita: l'obbligo di pagare il prezzo e di trasferire la proprietà possono essere visti indifferentemente come contenuto del contratto o come effetti che sorgono dal negozio.

Tuttavia, possiamo fare una distinzione. In base al criterio secondo cui il **contenuto è un dato di fatto**, che permanerebbe anche se il contratto fosse dichiarato invalido; mentre gli **effetti sono un dato giuridico** azionato dall'ordinamento.

Con un altro criterio, il **contenuto si differenzia dagli effetti in quanto non è detto che coincidano**. Infatti, **il contenuto subisce le modificazioni causate dall'interpretazione del contratto, dall'integrazione, dalla sostituzione di clausole, dalla qualificazione del contratto**.

Distinti in questo modo contenuto ed effetto, notiamo che *la nozione di contenuto può comunque essere intesa in diversi modi*:

- 1) L'insieme dei segni semantici
- 2) Regola desunta da accordo mediante una regola di interpretazione pregiudiziale conosciuta dalle parti, diversa dalle regole di interpretazione legale.
- 3) Le varie regole che si incontrano mentre si interpreta il contratto: all'inizio si incontra la regola dichiarata dalle parti, poi si incontrerà la regola derivante dall'interpretazione del contratto, poi quella ottenuta tramite le presunzioni, poi quella ottenuta attraverso l'integrazione, poi la regola creata attraverso l'imposizione legale di clausole e così via.
- 4) L'effetto del negozio in quanto imputato alle parti

L'ordinamento, come abbiamo visto, protegge l'autonomia privata. Quindi normalmente, ciò che le parti vogliono, sarà l'effetto del contratto. Ci sarà simmetria fra il voluto e l'effetto del contratto.

Ma non sempre è così, infatti l'**autonomia è limitata in tre modi**:

- 1) Con l'imposizione di un obbligo di contrarre
- 2) Con il mancato riconoscimento di un accordo in ragione del suo contenuto
- 3) Con un'asimmetria, voluta dalla legge, fra il contenuto dell'accordo privato e gli effetti dell'accordo stesso

Analizziamo per bene il 1321 cc:

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

**Costituire, regolare, estinguere.** Costituire ed estinguere sono abbastanza intuitivi.

Regolare? Si regola un rapporto quando per esempio si esclude che un certo evento produca un certo effetto, quando si modifica un contratto, quando lo si accerta, quando si pattuisce un rovesciamento dell'onere di provare i fatti che lo determinano

Con l'art. 1706 *il mandante può regolare il suo rapporto rivendicando dal mandatario gli acquisti mobiliari che ha compiuto* (per immobili e mobili registrati secondo comma)

Con il 1260 secondo comma *creditore e debitore possono regolare il loro rapporto obbligatorio escludendo la cedibilità del credito.*

*Le parti poi possono regolare i loro contratti con l'apposizione di condizioni*

Ma quando un rapporto è un rapporto giuridico, espressione ripresa dal 1321 di cui riprendiamo l'analisi?

Infatti, alcuni rapporti vengono definiti **rapporti di cortesia**, ossia rapporti in cui le parti non vogliono obbligarsi (ad esempio un invito di uscire a cena)

Se per esempio *due parti vogliono produrre certi effetti tra di loro, ma non abbiano l'intenzione di creare il rapporto giuridico corrispondente*, cosa succede? Si ritiene che il rapporto si crei. Infatti, occorre che le parti regolino la prestazione, o il potere di godere sulla cosa. Non occorre che regolino anche l'obbligo giuridico di prestare, o il rapporto giuridico sulla cosa.

E se invece le *parti regolano un rapporto di fatto corrispondente ad un rapporto giuridico, e con apposita pattuizione, escludono di utilizzare quel modello giuridico?*

Queste due dichiarazioni potrebbero essere incompatibili, ed in tal caso il negozio rischierebbe la nullità per la confusione del contenuto del contratto

Torniamo ai **rapporti di cortesia**. Cosa ne pensa il legislatore? Vediamo un caso particolare. Il **trasporto gratuito viene assimilato in pieno, quanto agli effetti ed agli obblighi, al trasporto oneroso** (1681 cc) che risponde, se non sbaglio, della tipica responsabilità contrattuale. **Invece il trasportatore di bagagli o persone a titolo amichevole risponde solo quando sia provato il suo dolo o la sua colpa grave**. Perché vengono distinte queste due prestazioni: beh **perché nel trasporto gratuito sussiste un interesse del vettore**, anche se non prettamente monetario (ad esempio trasporto gratuito offerto da una compagnia turistica per fidelizzare i clienti), **mentre nel trasporto amicale non c'è questo interesse**.

Possiamo dire che **sono per cortesia le promesse gratuite disinteressate**. *Queste per creare vincoli dovrebbero essere formalizzate o almeno comportare la consegna della cosa* (abbiamo già visto che i contratti senza causa trovano una giustificazione nella forma o nella consegna). Tuttavia, **esse comportano comunque l'obbligo di non peggiorare la condizione del promissario, a pena di rispondere di responsabilità extracontrattuale** (pensiamo al custode che dopo aver iniziato una custodia abbandona la cosa all'insaputa dell'interessato)

Possiamo quindi dire che **i rapporti di cortesia sono non tanto quegli accordi in cui difetti la volontà di vincolarsi, quanto piuttosto i negozi che difettano di causa o di forma**.

Tuttavia, possiamo trovare un'**eccezione** anche a questa definizione. Mettiamo che Luciano e Loredana facciano una gita in amicizia. Loredana offre a Luciano il pranzo, e Luciano paga i biglietti del treno. Qui c'è una corrispettività, sembrerebbe esserci una causa, tuttavia il vincolo di amicizia esclude la creazione di obblighi azionabili

*Quindi possiamo dire che alcune promesse, anche se hanno i requisiti di validità, non hanno effetto giuridico per il solo motivo che il promittente o lo stipulante hanno escluse questo effetto.*

In questo caso la responsabilità del promittente può nascere in due circostanze:

- 1) **dall'aver adempiuto male, in modo dannoso**
- 2) **dall'aver inadempito quando la controparte non ha più il modo di procacciarsi da un'altra parte la prestazione**

Sarà una **responsabilità limitata all'interesse negativo**

**Questa responsabilità potrà essere esclusa nel caso di un consenso anticipato dell'avente diritto.**

Poi c'è il caso del **patto d'onore**: ossia quel patto in cui due persone si vincolano solo sulla base di eticità ed onore, senza voler coinvolgere il diritto.

*Non si può sfruttare il fatto che questo patto sia agiuridico per legittimare il promittente che operi slealmente a danno della controparte. Se ciò avviene, può dar luogo ad una responsabilità extracontrattuale.*

La **lettera di patronage** è una *dichiarazione scritta con cui un soggetto (patronnant) con lo scopo di indurre una banca a far credito ad un altro soggetto (patrocinato) dichiara di avere una certa influenza sul patrocinato, e di esercitare la propria influenza in modo da prevenire gli eventi che possano rendere più difficile l'adempimento del debitore.*

Se poi il patrocinato sarà insolvente nonostante questa dichiarazione del patronnant, ci sarà una **responsabilità per il patronnant?**

Dobbiamo infine dire che le *situazioni di fatto non rientrano nell'ambito dei rapporti contrattuali*. Quali sono le situazioni di fatto: il possesso e la detenzione. **Si può trasferire il possesso: ma questo trasferimento non avverrà tramite un contratto, ma tramite la consegna.** Se il possessore è senza detenzione e l'acquirente sia il detentore (quindi ha già la disponibilità della cosa, esercita la sua ingerenza sulla cosa; non è necessaria la consegna in questa fattispecie), allora il trasferimento sarà l'effetto di una combinazione di consensi e volontà (perdita dell'intento di essere considerato proprietario da parte del possessore ed acquisto di tale intento da parte del detentore). Anche questo accordo di volontà non è un contratto.

Altro parametro che viene indicato dall'art.1321 è il fatto che **il contratto deve riguardare un rapporto patrimoniale.**

Questo non significa che se un rapporto non è patrimoniale allora sia nullo, semplicemente non rientra nella categoria del contratto (pensiamo alle **convenzioni di famiglia**, o ancora agli **atti col consenso dell'avente diritto**: per esempio quelli che riguardano i diritti della personalità (diritto all'immagine)

Anche gli atti di **transazione**, **accertamento**, **confessioni** etc. costituiscono strumenti di autonomia diversi dal contratto.

Per valutare se un rapporto ha contenuto patrimoniale **bisogna vedere se la prestazione dell'obbligato che in esso è dedotta è suscettibile di valutazione economica**; la **situazione del soggetto creditore può corrispondere ad un semplice vantaggio morale**

1174 cc:

*“La prestazione che forma oggetto dell'obbligazione deve essere suscettibile di valutazione economica e deve corrispondere a un interesse, anche non patrimoniale, del creditore”*

Sono extrapatrimoniali i diritti derivanti dal coniugio, e altre questioni di famiglia

In un rapporto extrapatrimoniale l'accordo previdente supplisce all'incapacità della norma.

**L'accordo non può incidere su scelte personali.** Ad esempio, due coniugi non possono stabilire una penale per chi voglia recedere dal matrimonio tramite separazione.

Ci sono accordi per mettere in gioco gestazioni o per mettere in gioco cessioni o trapianti di parti del corpo umano. In questi casi entrano in gioco due temi: se questi accordi sono compatibili con il buon costume, e l'inderogabilità delle norme sulla filiazione.

Sono **extrapatrimoniali i diritti e doveri derivanti dalla vita associativa senza scopo di lucro** (diritto di voto)

Si possono invece considerare **patrimoniali i diritti e i doveri derivanti dalla vita delle società**: la loro limitata negoziabilità dipende dal fatto che è bene che il socio eserciti tali poteri secondo l'interesse sociale.

Per i diritti d'autore di opere di ingegno si è fatta una distinzione fra i **diritti morali** e quelli **patrimoniali**.

Un altro requisito di cui ci parla l'art. 1321 è che il **contratto incida su un rapporto fra le parti**.

**Eccezioni:** *dispone con effetto verso il terzo il soggetto autorizzato (procuratore, mandatario), o il non dominus che compie l'atto di disposizione reso efficace dall'apparenza, dalla pubblicità, dalla buona fede. Il contratto può modificare il destinatario della prestazione del terzo, o il titolare del diritto alla prestazione del terzo* (come avviene nella cessione del credito: Pippo si accorda con Ciro e gli trasferisce il suo credito: in questo caso si cambia il soggetto a cui il terzo (il debitore Lorenzo), deve offrire la sua prestazione.

**Il contratto quindi non deve creare rapporti giuridici a carico dei terzi.**

**Tuttavia il 1321 non esclude che il contratto crei situazioni giuridiche favorevoli ai terzi.** Non a caso c'è la figura del **contratto a favore di terzo** (1411 cc e ss. Cc.)

Anche la **promessa del fatto del terzo** (1381 cc) è compatibile con il 1321 cc. Questa promessa produce effetti giuridici solo tra le parti.

LA POSSIBILITÀ

L'**impossibilità della prestazione** può essere **assoluta** (**oggettiva**; nessuno potrebbe adempiere) o **relativa** (**soggettiva**; un altro debitore potrebbe adempiere), **temporale** o **perpetua**.

*La sola impossibilità incompatibile con la validità del contratto sarebbe quella assoluta e perpetua.*

**L'impossibilità causa la nullità.**

*Il promittente può accollarsi il rischio dell'impossibilità e garantire al promissario tutto l'interesse positivo.* Ovviamente non ci si può obbligare a realizzare un risultato oggettivamente impossibile, ma la promessa del risultato impossibile può configurarsi come una garanzia.

**Per valutare la responsabilità del promittente il giudice valuta se costui poteva prevedere l'impossibilità della prestazione. Talvolta l'impossibilità esonera il promittente, perché riconoscibile dal creditore o perché il promittente non poteva conoscerla.**

**Vi è anche impossibilità quando la prestazione promessa necessitava di un'autorizzazione amministrativa e non la ottiene.**

L'impossibilità può essere definitiva o temporanea. *L'impossibilità temporanea non estingue l'obbligazione se, quando cessa, il creditore ha ancora interesse alla prestazione.*

Oltre all'impossibilità del debitore, vi è anche il caso dell'**impossibilità del creditore di ricevere la prestazione.**

Qui si dibatte sulle **conseguenze** dell'impossibilità del creditore.

**C'è chi propone l'applicazione del 1463:**

*“Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell'indebito”*

**Cumulata alla responsabilità del creditore nei limiti dell'interesse positivo.**

Per altri ci sarà la manutenzione del contratto sotto forma di una residua obbligazione di risarcimento dei danni, salvo il gioco delle restituzioni e degli arricchimenti

Per altri ci sarà la risoluzione del contratto per inadempimento del creditore.

**MANCANZA DELL'OGGETTO**

Ci può essere il caso in cui *manchi l'oggetto* cui dovrebbe riferirsi la volontà delle parti, e quindi il contratto è privo di oggetto.

Le parti potevano volere un rapporto attuale, e la mancanza dell'oggetto non fa nascere tale rapporto

Oppure le parti volevano un **rapporto futuro**. Per questa ipotesi il legislatore ha dettato l'art. 1348 cc, che rende possibile questa possibilità:

1348 cc:

*“La prestazione di cose future può essere dedotta in contratto, salvi i particolari divieti della legge”*

C'è stata un'interpretazione restrittiva del 1348

La giurisprudenza nega la possibilità di rinunce a diritti futuri

Inoltre, gli effetti prodotti da qualsiasi compravendita di cosa futura sono qualificati dalla giurisprudenza come soltanto obbligatori,

È considerata meramente obbligatoria anche l'efficacia di qualsiasi vendita sottoposta a condizione sospensiva o affetta da un termine.

Si parla di cosa futura quando l'oggetto manchi, ma possa venir in essere in tempo utile. *Chi promette la cosa futura come presente o chi promette la cosa futura senza riserve espresse o tacite sul rischio che la cosa possa non venire in essere, garantisce il risultato e sarà considerato inadempiente se la cosa non verrà in essere.*

*Un caso di oggetto impossibile può rinvenirsi anche nel caso delle contraddizioni da cui può essere inficiata la promessa.* Se io ti dico che ti do 100 calzini dello stilista Calzoni ed invece son dello stilista Maglioni, il caso si potrà risolvere in vari modi:

A) si dovrà considerare come violazione del contratto, nella forma del mancato adempimento, o in quello della dazione di aliud pro alio.

B) Si potrà parlare di nullità del contratto per impossibilità dell'oggetto

C) La contraddizione fra il dato afferente al genus e quello afferente alla species potrà essere attenuata, degradando quest'ultimo a qualità e facendo scattare le norme sulla responsabilità per vizi

L'inesistenza della cosa rende nullo il contratto. Ma la garanzia prestata in ordine all'esistenza può salvare la validità della promessa

Il contratto è nullo, ma non è detto che il promittente di cosa inesistente, se in mala fede, possa invocare egli stesso l'inesistenza e la nullità

LA LICEITÀ

Il contratto deve avere **contenuto lecito a pena di nullità** (1346 ci dice che l'oggetto deve essere lecito)

Anche della causa si dice che deve essere lecita, ed anzi il 1343 ci dà anche un parametro di illiceità (che possiamo applicare anche al contenuto illecito) dicendo: **La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.**

Ci può essere **illiceità per i soggetti che prendono parte al contratto**: ad esempio un chirurgo che operi senza essere medico

Ci può essere **illiceità in relazione allo scopo del negozio.**

*Una serie di vizi tipici e atipici, caratterizzati da abuso o sfruttamento, tendono a collocarsi nel campo dell'illiceità piuttosto che nel campo dei vizi del volere, come per esempio per il patto commissorio.*

La sanzione della nullità opera ipso iure, anche se le parti ignoravano la causa della nullità medesima.

È importante la distinzione fra illiceità e nullità perché **la nullità dovuta ad impossibilità è trattata diversamente dalla nullità dovuta all'illiceità in materia di transazione**, come vediamo nel **1972** cc:

*“È nulla la transazione relativa a un contratto illecito, ancorché le parti abbiano trattato della nullità di questo.*

*Negli altri casi in cui la transazione è stata fatta relativamente a un titolo nullo, l'annullamento di essa può chiedersi solo dalla parte che ignorava la causa di nullità del titolo”*

Inoltre, **è nulla di massima la clausola che garantisce la liceità della prestazione, mentre è valida (e presunta) la clausola relativa alla possibilità.**

Anche la **distinzione fra contrarietà alla legge, all'ordine pubblico ed al buon costume** è importante perché **solo la contrarietà al buon costume da luogo all'irripetibilità del pagato.**

La nullità per illiceità può comportare la totale mancanza di effetti dell'atto irregolare o può far sì che l'atto irregolare produca un effetto diverso. *Il principio per cui la regola lecita si sostituisce di pieno diritto a quella negoziale vietata è sancito dalla legge in tema di prezzi imposti e ipotesi analoghe.*

Cosa si intende per contrarietà al buon costume? Il **buon costume** è formato da un insieme di regole informali e pregiuridiche. È una nozione elastica. Si può ravvisare la violazione del buon costume nella **commercializzazione di atti sessuali**, nell'**avvantaggiarsi in proprio nell'amministrare i beni altrui**, l'**adozione di un'opinione**

per lucro, il commercio di favori pubblici, le convenzioni di voto, dentro e fuori le società per azioni.

Ultimamente non si utilizza tanto il parametro della contrarietà al buon costume, perché quando un contratto confligge con il buon costume esso confligge anche con l'ordine pubblico e quindi si dirà che il contratto è nullo per contrarietà all'ordine pubblico. Si è soliti anche usare, al posto della contrarietà al buon costume, la lesione della dignità umana.

#### LA CONTRARIETÀ A NORME IMPERATIVE

Ci sono **norme che vietano in modo immediato il contenuto del contratto**: pensiamo al 1908 che pone un limite imperativo al danno risarcibile dall'assicuratore

Altre volte **si deducono norme imperative da sanzioni penali, fiscali, amministrative comminate ad un certo atto.**

*Il problema è che il legislatore non ci dice quando una norma sia imperativa.*

Appare invalido l'atto con cui le parti distribuiscono in modo diverso dal legale una sanzione pecuniaria penale.

Pensiamo nel campo amministrativo all'incredibilità della licenza.

Tra le norme civilistiche, pensiamo ai divieti di alienazione contenuti nelle norme urbanistiche.

#### L'ORDINE PUBBLICO

Contenuto e causa del contratto non devono essere contrari all'ordine pubblico. Cos'è questo **ordine pubblico**?

Innanzitutto, vi è una distinzione fra ordine pubblico internazionale ed ordine interno

Per **ordine pubblico internazionale** si intende l'insieme dei principi che devono essere applicati dagli organi italiani nonostante la disparità con le norme straniere o qualsiasi conflitto di norme nello spazio

Per quanto riguarda l'**ordine pubblico interno** ci sono **due concezioni**:

- 1) Una più normativistica: sarebbe un *insieme di norme giuridiche legali* inderogabili. Questa concezione non si distingue molto dalle norme imperative se non, forse, per una più marcata cogenza
- 2) Secondo un'altra concezione sarebbe un *insieme di norme extralegali* cui la legge fa rinvio, o un insieme di principi ricavabili per astrazione dalle leggi scritte

Nel tempo sono poi sorte diverse definizioni di ordine pubblico: qualcuna di esse rinviava all'interesse politico, ai principi giuridici fondamentali, agli interessi generali sui quali riposa l'ordinamento giuridico

Più recentemente si vede l'ordine pubblico come **protezione dei diritti dell'individuo in dimensione sociale**, operata mediante il divieto di ledere i valori fondamentali caratterizzanti di una data società.

Possiamo ipotizzare delle ipotesi di atti contrari all'ordine pubblico: per esempio un patto in cui *una persona paga l'altra per non sposarsi* o per sposarsi.

Possiamo ravvisare l'ordine pubblico nell'intangibilità del rapporto di fedeltà che lega il privato allo stato, per cui l'ordine pubblico colpirebbe gli *accordi conclusi in tempo di guerra con la parte avversaria*.

L'ordine pubblico poi **vieterebbe i patti con cui si trasferisce una sanzione penale pecuniaria**

Lo possiamo trovare anche nel divieto di **intese fra gli imprenditori**, nel divieto dello sfruttamento di situazioni di dominio del mercato e di ogni circostanza che distorca il mercato, o ancora nell'impegno di non concorrere ad un pubblico impiego etc.

Pare che la clausola dell'ordine pubblico coinvolga anche la **parità di trattamento**.

Possiamo ritrovare questo principio in vari momenti: prima della conclusione del contratto, **obbligando la parte a non rifiutare di contrarre senza adeguato motivo**; **al momento della conclusione e dopo di essa comminando la nullità o la rettifica del contratto che sia stato concluso con violazione della parità**.

**Manca una norma generale espressa che imponga la parità di trattamento**. Ne possiamo trovare una nel tu (d.lg 25/7/1998 n.286) sull'immigrazione e condizione dello straniero, in cui l'art.43 vieta a colui che fornisca un bene o un servizio ad uno straniero di imporgli condizioni più svantaggiose a causa della sua condizione di straniero o della sua appartenenza ad una determinata "razza" (termine da eliminare o sostituire con etnia, cultura), religione, etnia o nazionalità.

Si potrebbe ravvisare la disparità di trattamento come danno ingiustamente dato sotto la specie del **boicottaggio**.

Si potrebbe ormai riconoscere l'**ingiustizia del rifiuto a contrattare o a contrattare a condizioni normali**, quando provenga da un operatore che agisca in vista del vantaggio economico e non possa invocare una giustificazione economica oggettiva per quel singolo rifiuto.

In generale, l'esercizio autodistruttivo della libertà contrattuale potrà cozzare contro l'ordine pubblico.

Vediamo in particolare l'art 1379 cc:

*“Il **divieto di alienare** stabilito per contratto ha effetto solo tra le parti, e non è valido se non è contenuto entro convenienti limiti di tempo e se non risponde a un apprezzabile interesse di una delle parti.”*

Questo articolo si configura come norma sussidiaria ad altre, infatti gli si sottraggono le **promesse di non alienare concepite con lo scopo di escludere o mitigare la concorrenza**, e perciò particolarmente idonee a ledere le situazioni protette dal sistema: i limiti contrattuali della concorrenza sono previsti dall'art.2596 e da tutte le norme comunitarie e territoriali in materia.

C'è poi una questione simile al divieto di alienare che è il **problema della clausola con cui si vincola il modo di godimento e di utilizzo della cosa**. Se poi il bene è immobile e il vantaggio opera a pro di un altro fondo, la clausola in esame può assurgere ad atto costitutivo di una servitù. Non sorgono seri dubbi se si tratta di una promessa a cui corrisponde un vantaggio o una comodità per il promissario, ma il problema può nascere quando si voglia protrarre il vincolo cui si vuol dar vita, al di là del tempo entro il quale è verosimile che l'interesse dello stipulatore possa perdurare e in ogni caso non si potrà evitare l'esame sulla esistenza dell'interesse iniziale dello stipulante.

LA FRODE ALLA LEGGE

Secondo il 1344:

*“**si reputa illecita la causa quando il contratto costituisca il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa**”.*

Cosa si intende per **elusione**? Il voler raggiungere un risultato simile a quello vietato o l'adozione di procedimenti simili a quelli che il legislatore ha vietato.

Per esempio: per le locazioni ultranovennali è necessaria la forma scritta. Io potrei eludere questa norma imperativa se stipulo con la controparte due contratti di locazione contemporaneamente: uno della durata di cinque anni ed un secondo della durata di cinque anni che si somma al primo: in questo modo ho due contratti non scritti perché inferiori presi singolarmente a nove anni, ma se li sommo diventano un contratto di dieci anni, che io ho ottenuto senza utilizzare la forma scritta con un escamotage, eludendo così la legge.

**Non sempre è nullo l'insieme di negozi che conduce al risultato cui corrisponde il contenuto del negozio illecito**. A seconda dei casi, infatti, il legislatore avrà voluto disconoscere un certo risultato finale o un certo mezzo illecito prescelto dalle parti per conseguire un certo risultato lecito. Ricercare il contenuto del divieto legale non sarà dunque sufficiente. **Per chiarire i dubbi circa i divieti di frode bisognerà risalire alla ratio**

della norma e la sua individuazione comporterà un largo uso di strumenti congetturali. Individuata la ratio, si potrà considerare fraudolento, per analogia, il negozio che mette in scacco la ragione di una norma data.

Sono state individuate dagli interpreti altri parametri per contenere la libertà contrattuale delle parti: come, per esempio, la contrarietà dell'accordo alla buona fede, o la contrarietà all'equità, o la contrarietà alla giustizia o moralità, le quali condurrebbero il contratto alla nullità.

## LA DETERMINAZIONE E LA DETERMINABILITÀ

1346 cc:

*“L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, **determinato o determinabile**”*

Questo articolo ci dice che l'oggetto del contratto deve essere determinato o determinabile.

La determinatezza, ossia se l'oggetto è determinato, è una questione di fatto.

Invece l'oggetto è determinabile quando sia indicato un parametro per determinarlo, oppure quando una clausola conferisca ad una parte o ad un terzo il potere di procedere alla determinazione. Ci sono anche casi di **determinabilità ex lege** (2099): in questo caso l'elemento che determina può essere la legge stessa o un provvedimento del giudice.

*Se il contratto ha contenuto determinabile, la determinazione può essere il risultato di un fatto naturale, di un fatto umano (delle parti o di terzi) o di una dichiarazione, delle parti o di terzi.*

Vediamo la norma che ci parla della determinazione dell'oggetto del contratto da parte del terzo:

Art. 1349 cc:

*“Se la determinazione della prestazione dedotta in contratto è deferita a un terzo e non risulta che le parti vollero rimettersi al suo mero arbitrio, il terzo deve procedere con equo apprezzamento. Se manca la determinazione del terzo o se questa è manifestamente iniqua o erronea, la determinazione è fatta dal giudice.*

*La determinazione rimessa al mero arbitrio del terzo non si può impugnare se non provando la sua mala fede. Se manca la determinazione del terzo e le parti non si accordano per sostituirlo, il contratto è nullo.*

*Nel determinare la prestazione il terzo deve tener conto anche delle condizioni generali della produzione a cui il contratto eventualmente abbia riferimento.”*

Si notano in questa norma due modi di rimettersi al terzo, la determinazione non al mero arbitrio del terzo, e la determinazione al mero arbitrio del terzo. Con locuzioni latine potremmo chiamare la prima **arbitrium boni viri** e la seconda **arbitrium merum**.

L'iniquità è manifesta quando sia macroscopica e certa. La **malafede non consiste nella consapevolezza di adottare una valutazione diversa da quella usuale, ma nella presenza di motivi illeciti** (corruzione, intenzione di nuocere, esibizionismo)

Poi ci sono diverse norme speciali, per esempio quella che limita la possibilità di rimettere al terzo il contenuto della donazione (778 cc).

Il contratto con contenuto determinabile rientra fra i **negozi per relationem**. Se il contratto è formale, la determinazione non può avvenire con manifestazioni informali.

Possono sorgere dei **problemi particolari quando le parti stabiliscono che un elemento del contratto deve essere determinato di comune accordo in un momento successivo**. Si potrebbe dire che un contratto di questo genere non sia ancora concluso. Ma ci sono tentativi di salvare questi contratti. La cassazione si è pronunciata sulla liceità di questo svolgimento.

La **determinazione ad opera della parte** è molto frequente: il creditore fissa il quanto dovuto (il libero professionista si autoliquida la parcella) o indica la qualità della prestazione (l'industriale indica ciò che il lavoratore deve fare).

## LA CONDIZIONE

È quell'evento a cui si subordina la validità del contratto: ti do 10, se costruisci questo.

Distinguiamo:

Finché l'evento dedotto in condizione è incerto, si dice che la **condizione è pendente**. Quando l'evento si attua, si dice che la **condizione si avvera**. Quando l'evento diventa impossibile, si dice che la **condizione è mancata**.

*Se il fatto dedotto in condizione emerge dagli atti, il giudice deve pronunciarsi d'ufficio sul suo avveramento o mancato avveramento*. La prova dell'avveramento della condizione apposta ad un contratto la cui forma sia vincolata è libera

**La condizione è spesso causa del contratto**: specialmente, le promesse ex 1333 cc deducono spesso in condizione la causa

La legge non permette che la condizione sia possibile quando ritiene **inopportuno che un effetto venga fatto dipendere da un evento diverso dalla pura volontà delle parti** (**matrimonio**, adozione)

*Alcuni contratti, come l'assicurazione, sono animati solamente dalla correlazione fra l'evento futuro e incerto (se succederà ciò) e l'effetto giuridico*.

La clausola condizionale potrà desumersi anche per via di interpretazione, potrà dipendere dalla natura del negozio, dagli usi, dalla buona fede e operare per via di integrazione del contratto.

Abbiamo poi la condizione legale, elemento di fatto esterno all'attività negoziale delle parti, ma tale per cui senza di esso il negozio non può produrre effetto

La **condizione legale** può essere:

**impropria**: ossia una situazione in cui un effetto giuridico dipende da un fatto previsto dalla legge, ma che somiglia ad una condizione.

O **condicio iuris**: è una condizione imposta dalla legge. Non è una condizione in senso tecnico come quella prevista dal 1353 ma un requisito legale senza il quale l'effetto giuridico non si verifica. (se non sbaglio)

La giurisprudenza utilizza la categoria della condizione legale per esempio per gli atti amministrativi (licenze, concessioni, autorizzazioni), ai quali è subordinata la liceità della prestazione promessa.

Vediamo le regole della condizione

1357 cc:

*“Chi ha un diritto subordinato a condizione sospensiva o risolutiva può disporre in pendenza di questa; ma gli effetti di ogni atto di disposizione sono subordinati alla stessa condizione”*

Quindi l'avveramento della condizione o il suo venir meno operano erga omnes

1360 cc:

*“Gli effetti dell'avveramento della condizione retroagiscono al tempo in cui è stato concluso il contratto, salvo che, per volontà delle parti o per la natura del rapporto, gli effetti del contratto o della risoluzione debbano essere riportati a un momento diverso.*

*Se però la condizione risolutiva è apposta a un contratto ad esecuzione continuata o periodica, l'avveramento di essa, in mancanza di patto contrario, non ha effetto riguardo alle prestazioni già eseguite”*

1361 cc:

*“L'avveramento della condizione non pregiudica la validità degli atti di amministrazione compiuti dalla parte a cui, in pendenza della condizione stessa, spettava l'esercizio del diritto.*

*Salvo diverse disposizioni di legge o diversa pattuizione, i frutti percepiti sono dovuti dal giorno in cui la condizione si è avverata”*

Attenzione: il contratto subordinato ad una condizione mancata viene chiamato **inefficace**, non nullo. L'atto inefficace è definito come improduttivo di effetti.

Pare suggeribile considerare come colpite da condizione le singole disposizioni contenute nel contratto, ma non il contratto nel suo insieme. Il venir meno della condizione non priva il contratto di alcuni effetti ulteriori, in quanto esso sia idoneo a produrli, per esempio l'obbligo di risarcire il danno, quando una parte sia responsabile delle circostanze che incidono sulla possibilità di avveramento della condizione, o violi le regole contrattuali prima del momento in cui la condizione manca o si avvera.

## LA CONDIZIONE UNILATERALE

*I fatti previsti dalla legge solitamente producono in modo automatico le vicende giuridiche che la norma ricollega loro.* Il fatto illecito: fa sorgere il diritto al risarcimento; la gestione d'affari: l'obbligo di rendiconto; la compravendita immobiliare con dilazione del pagamento: fa sorgere l'ipoteca.

L'interprete ha statuito che avverato l'evento, *la parte nel cui interesse è stata posta la condizione può rinunciare ad essa e trattare il negozio come puro.*

*Non sempre se è posta una condizione a favore di una parte, solo questa, a suo piacimento, può farla valere* (ad esempio, la norma che subordina la donazione alla forma è posta nell'interesse del donante, ma il difetto di forma può essere fatto valere da chiunque)

Ci sono casi in cui la conseguenza della condizione opera in modo automatico. Ci sono altri casi in cui la conseguenza opera solo se invocata dall'interessato. Per esempio, la nullità opera in modo automatico, l'annullabilità solo se invocata. Anche l'usucapione deve essere invocato. (se non sbaglio)

Allora, se l'evento è certo, la condizione sospensiva è inutile (ti do 5 euro se la terra continua a girare: è ovvio (o quasi!) che la condizione si avvererà, quindi è inutile mettere la condizione. Invece, quando l'evento è certo, la condizione risolutiva rende nulla la promessa (ti darò cento a meno che la terra continui a girare: è certo (o quasi!) che la terra continuerà a girare, quindi la promessa non avrà valore)

Al contrario se l'evento è impossibile la clausola sospensiva rende nulla la promessa (ti do 5 se fai un salto di venti metri) mentre la condizione risolutiva (ti do 5 a meno il mare salga in cielo: è ovvio che non succederà quindi la condizione risolutiva è inutile).

La **condizione illecita rende nulla la promessa**. La condizione è illecita quando è **illegale** o **immorale** far dipendere quel dato effetto da quel dato fatto

Anche comportamenti che non possono essere dedotti in obbligazione perché mancanti del carattere della patrimonialità rigorosa dell'articolo 1321 o perché

incoercibili possono essere dedotti in condizioni e così premiati (se nei prossimi anni avrai figli ti darò 100 al mese)

## LA CONDIZIONE MERAMENTE POTESTATIVA

### 1355 cc:

*“È nulla l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo subordinata a una condizione sospensiva che la faccia dipendere dalla mera volontà dell'alienante o, rispettivamente, da quella del debitore”*

La **volontà mera** è la volontà non subordinata ad una perdita giuridica o ad altro sacrificio della controparte. Ti darò queste scarpe, se ne avrò voglia.

L'articolo 1355 parla di condizione sospensiva, un'interpretazione ne deduce la validità della **condizione risolutiva meramente potestativa**. Interpretazioni di segno contrario ritengono che la condizione meramente potestativa risolutiva cada o che la clausola sia nulla.

### 1359 cc:

*“La condizione si considera avverata qualora sia mancata per causa imputabile alla parte che aveva interesse contrario all'avveramento di essa”*

L'art. 1359 non opera quando la promessa sia stipulata per trasferire il rischio o per premiare l'abilità del promittente nell'impedire l'evento.

Questa norma può operare anche nel campo della condizione legale.

### 1356 cc:

*“In pendenza della condizione sospensiva l'acquirente di un diritto può compiere atti conservativi.*

*L'acquirente di un diritto sotto condizione risolutiva può, in pendenza di questa, esercitarlo, ma l'altro contraente può compiere atti conservativi”*

### 1358 cc:

*“Colui che si è obbligato o che ha alienato un diritto sotto condizione sospensiva, ovvero lo ha acquistato sotto condizione risolutiva, deve, in pendenza della condizione, comportarsi secondo buona fede per conservare integre le ragioni dell'altra parte”*

Pensiamo ad un caso di lesione della buona fede durante la **pendenza della condizione**: io avrò la possibilità di compiere un certo atto solo con una licenza amministrativa, ed è la mia controparte che deve operare per ottenere tale licenza. Ecco, la controparte potrebbe decidere di attivarsi a tal fine o meno semplicemente in base alla sua convenienza. La buona fede invece detterà il momento giusto per entrambe le parti del contratto in cui la controparte deve attivarsi.

## LA CLAUSOLA PENALE

1382 cc:

*“La clausola, con cui si conviene che, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore.*

*La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno”*

1383 cc:

*“Il creditore non può domandare insieme la prestazione principale e la penale, se questa non è stata stipulata per il semplice ritardo.”*

1384 cc:

*“La penale può essere diminuita equamente dal giudice, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”*

La clausola penale **può riguardare anche una soltanto, o alcune soltanto, delle obbligazioni nascenti dal contratto.**

Rispetto all'obbligazione contrattuale cui è riferita la clausola penale ha natura accessoria.

L'autore ritiene che la clausola penale possa essere apposta anche ad un patto di opzione, alla promessa dell'obbligazione o del fatto del terzo.

*L'onere di provare che l'inadempimento o il ritardo non sono a lui imputabili grava sul debitore.* È dubbio se, perché la penale sia dovuta, sia necessaria la costituzione in mora del debitore.

Il **patto con cui si pone una prestazione a carico del debitore per il caso di inadempimento non imputabile**, è valido, ma non è una clausola penale, bensì una **clausola di assunzione del rischio.**

La **prestazione oggetto della penale** normalmente consiste nel pagamento di una somma di denaro, ma può anche consistere nell'estinzione di un credito o avere ancora diversa natura. Essenziale è che la prestazione abbia contenuto patrimoniale e ad oggetto diritti disponibili.

Le parti possono prevedere la penale per una voce del danno (danno emergente) e fare salvo il risarcimento per una voce diversa del danno (lucro cessante)

La giurisprudenza esclude che la **clausola penale** abbia **natura vessatoria**:

se la clausola prevede una penale a carico dell'aderente; se la clausola invece prevedesse una penale a carico del predisponente ed in misura ridotta rispetto al

danno prevedibile, essa **potrebbe essere clausola vessatoria** in quanto clausola di limitazione della responsabilità.

Per i contratti dei consumatori il codice del consumo include la **clausola penale di importo manifestamente eccessivo** tra quelle che si presumono vessatorie.

**Figure particolari di clausole penali:** patto di interessi moratori (1224 co.2), clausola di ritenzione delle rate pagate (1526, co.2).

Ci sono **penali legali**, come per esempio l'imposizione di interessi moratori in caso di inadempimento di un'obbligazione pecuniaria (1224, co.2)

Ci sono anche **penali giudiziali:** penalità imposte dal giudice alla parte soccombente al fine di rafforzare la sentenza di condanna.

**Il creditore non deve provare il danno per chiedere la penale, mentre deve provare il danno ulteriore.**

Se né il creditore né il debitore invocassero in giudizio la clausola penale, il giudice non potrebbe condannare al pagamento della penale, perché **la penale non può essere applicata d'ufficio**. Il creditore, infatti, se è previsto il risarcimento del danno ulteriore, può chiedere il risarcimento invece della penale.

**Se non è convenuto il risarcimento del danno ulteriore, il creditore non può chiedere il risarcimento invece della penale,** perché la clausola opera nell'interesse del debitore come limite del risarcimento, **sempre che il debitore la invochi in giudizio, perché anche qui opera la non applicabilità d'ufficio.**

La circostanza che la **clausola penale**, in assenza di accordo per la risarcibilità del danno ulteriore ha l'effetto di limitare il risarcimento, **non deve indurre a confusione con la clausola limitativa della responsabilità** disciplinata dall'articolo 1229.

1229 cc:

*“È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.*

*È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico”*

La clausola penale prevede un forfait dovuto indipendentemente dalla prova del danno. Mentre la clausola limitativa della responsabilità prevede un plafond, sicché il risarcimento è dovuto nella misura in cui il danno è provato.

L'autore ricostruisce il coordinamento fra la clausola penale e la clausola limitativa di responsabilità nel seguente modo:

una clausola penale senza risarcimento del danno ulteriore non è necessariamente una clausola limitativa della responsabilità. **Se la predeterminazione del danno risarcibile è congrua, non vi è limitazione della responsabilità.** E dunque il creditore non potrà chiedere, in presenza di una clausola penale senza risarcimento del danno ulteriore, il danno integrale, neppure se imputabile a dolo o colpa grave. *Se invece la predeterminazione del danno risarcibile è incongrua, perché irrisoria, la clausola penale senza risarcimento del danno ulteriore sarà nulla per frode alla norma imperativa di cui all'articolo 1229 e il creditore potrà chiedere il risarcimento del danno integrale ove l'inadempimento sia imputabile a dolo o colpa grave.*

Secondo un'altra tesi, nonostante la previsione di una clausola penale, sarebbe sempre consentito domandare il risarcimento del danno integrale, ove imputabile a dolo o colpa grave.

La penale può essere prevista **per l'inadempimento** o **PER IL RITARDO**.

Accertare se ricorre la prima o la seconda ipotesi nel caso concreto è compito del giudice di merito. La penale può anche essere prevista **sia per il ritardo che per l'inadempimento**.

Se la **penale** è prevista **per l'inadempimento** ed esso si verifica, il creditore può fare una **scelta**:

- A) Può **chiedere l'adempimento invece della penale** ed il contraente inadempiente non potrebbe liberarsi offrendo la penale,
- B) oppure può **chiedere la penale senza che gli sia necessario proporre domanda di risoluzione,**
- C) oppure può **chiedere la risoluzione e la penale per l'inadempimento.**

**Non può** invece **cumulare adempimento e penale**.

Se viene **inadempita un'obbligazione di durata**, il creditore può chiedere la penale per il passato e l'adempimento per il futuro.

Il creditore non può chiedere il risarcimento invece della penale quando non sia previsto il risarcimento del danno ulteriore. Bisogna ritenere secondo l'autore che in sintonia con quanto dispone l'articolo 1453, secondo comma, **la penale possa essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento** [ma poi si è cambiata idea], ma che **non può chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la penale** [e si è poi cambiata idea].

Ciò per la seguente ragione: dato che la previsione della clausola penale non esclude la proponibilità della domanda di risoluzione, il creditore potrebbe, dopo aver promosso il giudizio per l'adempimento, domandare la risoluzione [cioè rinunciare a chiedere l'adempimento e risolvere il contratto per inadempimento] secondo quanto gli

consente l'articolo 1453, comma due. In tal caso potrà ottenere, a titolo di risarcimento del danno, la penale. Non vi è allora ragione di escludere che chiesto l'adempimento il creditore possa poi invocare invece direttamente la penale, senza domandare la risoluzione] POCO CHIARO Forse lo si può riassumere così: “se chiedi che il contratto venga adempiuto, puoi poi cambiare idea e chiedere la penale. Ma se chiedi la penale, cioè riconosci l'inadempimento, non puoi poi tornare indietro e chiedere l'adempimento. Questo vale anche se non hai chiesto la risoluzione del contratto. La penale può essere chiesta da sola”

*Se la penale è per l'inadempimento, il creditore che chiede l'adempimento può domandare il risarcimento del danno da ritardo, senza subire il limite della penale.*

## LA PENALE PER IL RITARDO

Se la penale è stata stipulata per il semplice ritardo, il creditore può domandare insieme la prestazione principale e la penale.

La previsione di una penale per il ritardo non è di ostacolo alla proposizione di una domanda di risoluzione quando vi sia un termine essenziale o quando il ritardo ecceda la normale tollerabilità.

Di per sé, *l'accettazione della prestazione tardiva non esclude che si possa far valere la clausola penale stipulata appositamente per il ritardo.*

Il creditore della prestazione oggetto prima di ritardo nell'adempimento e poi di inadempimento, potrà chiedere sia la penale per il ritardo sia la penale per l'inadempimento, se entrambe previste, ovvero la penale per il ritardo e il risarcimento per il danno ulteriore e diverso da quello coperto dalla penale medesima.

L'articolo 1384, il quale consente al giudice di **ridurre la clausola penale manifestamente eccessiva**, è una **norma inderogabile** che non consente la rinuncia preventiva del debitore e che trova applicazione anche quando la penale è bilaterale. La giurisprudenza è oggi orientata nel ritenere che il potere di riduzione ad equità sia **esercitabile d'ufficio** sia nel caso in cui l'obbligazione principale sia stata parzialmente eseguita, sia quando il suo ammontare risulti manifestamente eccessivo.

La riducibilità d'ufficio è praticabile a condizione che gli elementi utili alla valutazione risultino già in atti.

Il giudice non deve guardare al danno che, in concreto, l'inadempimento o il parziale inadempimento abbia provocato al creditore, deve guardare all'interesse che il creditore aveva all'adempimento e ciò con riferimento al momento della conclusione del contratto.

La penale può essere ridotta dal giudice anche dopo che è stata corrisposta.

## CAPARRA CONFIRMATORIA

Quando una *parte dà all'altra alla conclusione di un accordo una somma di denaro o altra cosa fungibile* può trattarsi di:

- A) un **acconto**, cioè di un *adempimento parziale preventivo*,
- B) può trattarsi di una **cauzione**, cioè di una *somma corrisposta al fine di garantire, in caso di inadempimento, il risarcimento del danno*,
- C) può trattarsi di una **caparra penitenziale** e cioè di una *somma prevista come corrispettivo della facoltà di recesso*.
- D) può trattarsi di una **caparra confirmatoria**.

**1385 cc** (caparra confirmatoria):

*“Se al momento della conclusione del contratto una parte dà all'altra, a titolo di caparra, una somma di danaro o una quantità di altre cose fungibili, la caparra, in caso di adempimento, deve essere restituita o imputata alla prestazione dovuta.*

*Se la parte che ha dato la caparra è inadempiente, l'altra può recedere dal contratto, ritenendo la caparra; se inadempiente è invece la parte che l'ha ricevuta, l'altra può recedere dal contratto ed esigere il doppio della caparra.*

*Se però la parte che non è inadempiente preferisce domandare l'esecuzione o la risoluzione del contratto, il risarcimento del danno è regolato dalle norme generali”*

Il contraente che ha adempiuto alla sua obbligazione, quando l'altro non lo fa, può seguire la via dell'autotutela o la via giudiziaria.

- 1) **VIA DELL'AUTOTUTELA:** *si accontenta a titolo del risarcimento del danno della caparra. Recede, trattiene la caparra (se aveva ricevuto la caparra dalla controparte) o ne chiede il doppio (se aveva consegnato la caparra alla controparte) e in questo caso la caparra ha appunto funzione di risarcimento,*
- 2) **VIA GIUDIZIARIA:** *pretende un risarcimento superiore alla caparra. In tal caso può chiedere l'esecuzione del contratto o la risoluzione giudiziale con liquidazione del danno secondo le regole giudiziali. Se si ammette che in questo caso il contraente che ha rispettato i suoi obblighi, può trattenere la caparra data dal contraente inadempiente fino alla sentenza, la caparra svolgerà la funzione di garanzia.*

La giurisprudenza ha posto una **presunzione:** *nel dubbio, la caparra è confirmatoria e non penitenziale.*

Il patto che prevede la caparra ha **natura reale** e come tale *si perfeziona con la consegna*; ha **natura accessoria** e così segue le vicende delle obbligazioni cui accede.

L'**oggetto** della **caparra** può essere una **somma di denaro o una quantità di cose fungibili**. Non può essere un vaglia cambiario che consiste in una promessa di pagamento.

Nel **codice del consumo** si presume **vessatoria** la **clausola** che ha per oggetto o per effetto di imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il **pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale e altro titolo equivalente di importo manifestamente eccessivo**. **Si può comprendere in tale formulazione anche la caparra confirmatoria**.

Quindi, come si è detto, in caso di inadempimento, il contraente non inadempiente può scegliere tra recedere dal contratto ritenendo la caparra o esigendone il doppio, o invece chiedere l'esecuzione o la risoluzione.

In ogni caso, presupposto necessario che vi sia inadempimento di non scarsa importanza, *il mero ritardo non è di regola sufficiente*.

Se il contraente non inadempiente dichiara di ritenere la caparra o pretende il versamento del doppio non può poi chiedere l'adempimento e se chiede l'adempimento non può poi recedere e ritenere la caparra o pretendere il doppio.

Non si può ridurre la caparra confirmatoria secondo l'articolo 1384.

La **Corte Costituzionale**, per l'ipotesi di una **caparra sproporzionata**, ha ritenuto tale clausola **nulla** ai sensi dell'articolo 1418 e per il contrasto con l'articolo due della costituzione, in combinato contesto con il canone della buona fede.

## LA RAPPRESENTANZA

Fattispecie base:

### **1388 cc:**

*“Il contratto concluso dal rappresentante in nome e nell'interesse del rappresentato, nei limiti delle facoltà conferitegli, produce direttamente effetto nei confronti del rappresentato”*

Notiamo che non è l'unica fattispecie idonea a produrre effetti direttamente in capo ad un altro soggetto: troviamo **anche la gestione di affari altrui** (2031 cc)

Per quanto riguarda il **mandato senza rappresentanza**, se il mandatario acquista cose mobili per conto del mandante ma in nome proprio, il mandante può rivendicarle (1706)

Analizziamo gli elementi che compongono l'art. 1388 cc:

1) agire nel nome: il rappresentante agisce menzionando il soggetto nella cui sfera giuridica devono ripercuotersi gli effetti dell'atto (spedita del nome, o, con locuzione romana, **contemplatio domini**).

La giurisprudenza sottolinea che perché gli effetti si producano direttamente in capo al rappresentato è necessaria la contemplatio domini. La giurisprudenza ammette forme implicite di contemplatio.

2) Il rappresentante agisce **nell'interesse del rappresentato**. Da qui poi si capisce la fattispecie della rappresentanza in conflitto di interessi (1394 1395), la quale provoca l'annullabilità.

3) il rappresentante agisce **nei limiti dei poteri conferitigli**

La rappresentanza opera nell'ambito dei contratti e dei negozi unilaterali tra vivi, non opera invece per il testamento e per i negozi di diritto familiare. Anche nel settore dei contratti vi sono dei limiti, ad esempio per la donazione (777, 778).

L'articolo 1392 indica l'atto di conferimento della rappresentanza in un negozio apposito la **PROCURA**.

La rappresentanza volontaria può essere conferita mediante un apposito atto unilaterale: la procura, cui non corrisponde alcun rapporto di gestione.

Può anche essere conferita mediante il contratto (di mandato, di agenzia, di lavoro subordinato, di società) che crea tra le parti un rapporto di gestione vuoi come suo effetto naturale, vuoi in forza di una clausola a tal fine prevista dalle parti.

**La procura è un negozio unilaterale recettizio.**

La giurisprudenza non ritiene sia necessaria la consegna dell'originale, essendo sufficiente che venga comunicato il conferimento dei poteri rappresentativi anche tramite la consegna di una copia dell'atto.

Il terzo contraente verrà a conoscenza della sua esistenza mediante la contemplatio domini e comunque potrà, prima o dopo la conclusione del contratto, esigere dal rappresentante che questi giustifichi i suoi poteri.

La *procura deve essere conferita con le forme prescritte per il contratto che il rappresentante deve concludere.*

Se il rappresentante deve porre in essere un negozio unilaterale, la regola della corrispondenza della forma opera per i negozi unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale, non opera invece per il conferimento del potere di porre in essere un mero atto giuridico (costituzione in mora il debitore). Conferimento che può perciò essere attuato con assoluta libertà di forme.

La giurisprudenza ammette la procura informale quando la forma è voluta dalle parti, ma non è imposta dalla legge

Quando non sia richiesta la forma scritta, la procura può essere tacita. Può essere provata anche mediante presunzioni.

L'onere di provare l'esistenza dei poteri in capo a chi ha agito come rappresentante incombe sul terzo contraente che pretende di addossare gli effetti del contratto al rappresentato. Grava invece sul rappresentante che, convenuto dal terzo contraente per l'esecuzione, chiede di essere esonerato dalle conseguenze del contratto deducendo di averlo concluso per altri.

I limiti dei poteri sono quelli che il rappresentato pone: è una questione di volontà. Ma talvolta è la legge a indicare quali sono tali limiti.

La procura abilita a porre in essere tutti gli atti necessari al compimento di quelli per cui è stata conferita

La **procura generale** non si estende, salvo espressa indicazione, agli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione.

La **dichiarazione di revoca o di modifica** è atto unilaterale recettizio destinato al rappresentante. Modificazione e revoca non sono però efficaci nei confronti dei terzi se non sono portati a loro conoscenza con mezzi idonei, salvo che si provi che i terzi ne erano a conoscenza.

Per quanto riguarda la **procura ad unum actum**, il compimento di quell'unico atto produce la cessazione degli effetti della procura anche nei confronti dei terzi.

Si ammette la **revoca tacita della procura**, nel caso in cui il rappresentato compie gli stesso l'affare per cui aveva conferito la procura, ovvero dia incarico ad un diverso rappresentante, perché compia quell'affare.

*L'onere di provare che la modificazione o la revoca erano resi state rese conoscibili ai terzi, o comunque che questi li conoscevano, grava sul rappresentato.*

Per le altre cause di estinzione della rappresentanza non è previsto un onere di renderle note ai terzi, tuttavia esse non sono opponibili ai terzi che le abbiano senza colpa ignorate.

Anche l'onere di provare che i terzi hanno ignorato l'estinzione della rappresentanza per propria colpa grava sul rappresentato

Cessati i poteri, il rappresentante è tenuto a restituire il documento dal quale essi risultano

La **procura** può essere conferita anche **negli interessi del rappresentante o di terzi**.

In questo caso la procura non può essere revocata se non per giusta causa, non si estingue per la morte e la sopravvenuta incapacità di rappresentato, né per il fallimento del medesimo.

IL RAPPRESENTANTE SENZA POTERI

**1398 cc:**

*“Colui che ha contrattato come rappresentante senza averne i poteri o eccedendo i limiti delle facoltà conferitegli, è responsabile del danno che il terzo contraente ha sofferto per avere confidato senza sua colpa nella validità del contratto”*

**1399 cc:**

*“Nell'ipotesi prevista dall'articolo precedente, il contratto può essere ratificato dall'interessato, con l'osservanza delle forme prescritte per la conclusione di esso.*

*La ratifica ha effetto retroattivo, ma sono salvi i diritti dei terzi.*

*Il terzo e colui che ha contrattato come rappresentante possono d'accordo sciogliere il contratto prima della ratifica.*

*Il terzo contraente può invitare l'interessato a pronunciarsi sulla ratifica assegnandogli un termine, scaduto il quale, nel silenzio, la ratifica s'intende negata.*

*La facoltà di ratifica si trasmette agli eredi.”*

Può essere che un soggetto agisca quale rappresentante pur senza averne i poteri:

**DIFETTO DI RAPPRESENTANZA**

Può essere che chi agisce come rappresentante ne abbia i poteri, ma non per concludere quel negozio rappresentativo: **ECESSO DI RAPPRESENTANZA**

**Abuso di rappresentanza:** si ha in caso di **conflitto di interessi fra il rappresentato e il rappresentante** che ha i poteri ma ne usa in contrasto con l'interesse di chi glieli ha conferiti.

Al momento della conclusione, il contratto rappresentativo fatto dal **FALSUS PROCURATOR** non produce effetti: non può produrre effetti tra il terzo contraente e l'interessato (colui di cui il falso rappresentante ha speso il nome), perché il falso rappresentante difetta dei poteri per produrre effetti fra il terzo contraente e il falso rappresentante perché questi non ha concluso per sé, bensì per l'interessato. Tuttavia, il contratto può produrre effetti tra il terzo contraente e l'interessato se questi lo ratifica.

*L'interessato può agire in giudizio per far dichiarare l'inefficacia del contratto, la legittimazione attiva spetta a lui soltanto.*

La giurisprudenza più recente afferma la **rilevabilità d'ufficio** dell'insussistenza del potere rappresentativo in capo a colui che ha speso il nome altrui, ma con opportune precisazioni, che quasi svuotano l'affermazione di principio. **L'azione è imprescrittibile.**

La **ratifica** è un **negozio unilaterale ricettizio**. Produce effetto nel momento in cui il terzo ne ha conoscenza. In dottrina è ritenuta ammissibile la **ratifica parziale**. Per quanto riguarda il contenuto della ratifica, è sufficiente che la volontà del dominus di fare proprio il contratto rappresentativo risulti in modo inequivoco.

**Quando la forma è libera la ratifica può anche essere tacita** e cioè realizzarsi mediante atti o fatti che implicano necessariamente la volontà del dominus di far proprio il contratto rappresentativo.

**Primo presupposto per il diritto al risarcimento del danno del terzo è che il terzo contraente non sia in colpa.**

*L'omissione di controllo non è di per sé sufficiente a farlo considerare in colpa; sarà però in colpa se non controlla, pur avendo a che fare con persona notoriamente poco corretta o pur potendo giovare dei mezzi di pubblicità prescritti dalla legge.*

***L'onere di provare la colpa del terzo contraente grava sul falso rappresentante.***

Secondo gli autori, un ulteriore presupposto perché il terzo contraente possa agire contro il falso rappresentante per il risarcimento del danno, è che egli abbia provveduto a interpellare l'interessato e che questi abbia rifiutato di ratificare il contratto o abbia lasciato trascorrere senza ratificare il termine a lui assegnato.

**Ulteriore presupposto della responsabilità del falso rappresentante e che questi fosse o dovesse essere consapevole di agire senza averne il potere.**

La responsabilità del falsus procurator è responsabilità precontrattuale riconducibile all'ipotesi prevista dall'articolo 1338. **Il risarcimento è perciò limitato al cosiddetto interesse negativo.** Il termine di prescrizione quinquennale decorre dalla conclusione del contratto.

**La responsabilità del terzo contraente nei confronti dell'interessato è retta dall'articolo 2043 cc.**

**Soltanto se il difetto di poteri è dovuto alla modificazione, alla revoca o ad altra causa di estinzione della procura e se il terzo contraente ha senza sua colpa ignorato codesti eventi, il contratto rappresentativo ha effetto.**

## IL RAPPRESENTANTE APPARENTE

Vi è un caso particolare in cui la giurisprudenza invoca l'apparenza: **Il rappresentante apparente senza poteri può apparire al terzo contraente dotato dei poteri. Se**

**L'errore del terzo contraente è scusabile ed è imputabile ad un comportamento del rappresentato, si ha la figura del RAPPRESENTANTE APPARENTE.**

**È il terzo contraente, e non più il dominus, ad essere arbitro degli effetti del contratto rappresentativo.** Egli può infatti far valere soltanto il proprio errore scusabile in quanto tale, e così, deducendo l'inefficacia dell'accordo concluso, **agire nei confronti del falsus procurator, che fosse o dovesse essere consapevole di non avere i poteri, per il risarcimento del danno.** **Può invece far valere l'imputabilità del proprio errore al dominus ed agire nei suoi confronti per l'esecuzione del contratto.**

Un'eventuale eccezione del dominus di inesistenza dei poteri rappresentativi sarebbe contraria a buona fede.

L'onere di provare di avere confidato senza colpa nella situazione apparente e che l'errore è stato determinato dal comportamento colposo di colui il cui nome è stato speso grava su chi invoca in proprio favore il principio dell'apparenza.

**L'errore è giudicato inescusabile quando** *avrebbe potuto essere evitato impiegando la normale prudenza nella condotta degli affari o giovandosi degli strumenti legali di pubblicità e quando il conferimento dei poteri rappresentativi deve avvenire per iscritto.*

**L'imputabilità dell'errore al dominus** *viene riconosciuta soprattutto quando questi non si sia preoccupato di rendere noto ai terzi che sono intervenuti mutamenti rispetto al passato, e così quando il titolare di un'azienda non renda noto di averla affittata o quando il dominus non renda noto che colui che era già sua rappresentante non lo è più perché la procura è scaduta.*

## I VIZI DEL CONTRATTO RAPPRESENTATIVO

1389 cc:

*“Quando la rappresentanza è conferita dall'interessato, per la validità del contratto concluso dal **rappresentante** basta che questi abbia la **capacità di intendere e di volere**, avuto riguardo alla natura e al contenuto del contratto stesso, sempre che sia **legalmente capace il rappresentato.**”*

*In ogni caso, per la validità del contratto concluso dal rappresentante è necessario che il contratto non sia vietato al rappresentato”*

1390 cc:

*“Il contratto è **annullabile se è viziata la volontà del rappresentante.** Quando però il vizio riguarda elementi predeterminati dal rappresentato, il contratto è annullabile solo se era viziata la volontà di questo”*

1391 cc:

*“Nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o d'ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato.*

*In nessun caso il rappresentato che è in mala fede può giovare dello stato d'ignoranza o di buona fede del rappresentante”*

In tema di azione di rescissione lo stato di bisogno va accertato con riferimento al rappresentato e non al rappresentante.

Principale ragione di invalidità del contratto rappresentativo: **conflitto di interessi fra rappresentato e rappresentante.**

**1394 cc:**

*“Il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo”*

**1395 cc:**

*“È annullabile il contratto che il rappresentante conclude con sé stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi.*

*L'impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato.”*

Il conflitto di interessi non può essere rilevato d'ufficio.

Il rappresentato può chiamare in giudizio il rappresentante quale litisconsorte facoltativo.

L'onere di provare che il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo grava sul rappresentato. Il termine di prescrizione quinquennale decorre dalla conclusione del contratto.

È questione aperta se per l'annullabilità del contratto rappresentativo sia sufficiente che il rappresentante si trovi in una situazione di conflitto di interessi o se occorra altresì che il contratto rappresentativo sia pregiudizievole per il rappresentato.

Secondo l'autore, se il rappresentante si trova in conflitto di interessi ed evita che ciò incida sul contratto rappresentativo, il contratto è valido

L'**onere della prova** si configurerebbe in questo modo: al rappresentato è sufficiente provare la situazione di conflitto, il rappresentante deve invece provare che tale situazione non ha inciso sul contratto rappresentativo.

*L'esistenza di una situazione di conflitto non rende annullabile il contratto se il rappresentato ha preordinato le condizioni del contratto o ne ha specificamente autorizzato la conclusione.*

La giurisprudenza esclude il conflitto di interessi se il contratto rappresentativo è stato concluso a condizioni più convenienti di quelle che avrebbe ottenuto il rappresentato. Peraltro, la circostanza che il contratto sia stato concluso a condizioni deteriori non è di per sé sufficiente a fondare un conflitto di interessi, ma può costituire un indizio in tal senso se risultano anche particolari rapporti tra rappresentante e terzo contraente.

**Autorizzare specificatamente** non significa predeterminare in ogni sua clausola il contratto rappresentativo che sarà stipulato. *L'autorizzazione specifica non può però nemmeno ridursi ad un'autorizzazione alla stipulazione di uno specifico affare, almeno le condizioni essenziali del contratto devono essere predeterminate.*

Per quanto riguarda la **forma**, sembra che l'autorizzazione debba rivestire la forma richiesta per il contratto dalla legge o per accordo delle parti. L'autorizzazione seguirà di norma alla denuncia da parte del rappresentante della situazione di conflitto di interessi in cui si trova.

La dottrina ammette che se il conflitto incide su una parte del contratto sia **ammissibile l'annullamento parziale** del contratto rappresentativo per conflitto di interessi.

L'art. 1387 afferma che il potere di rappresentanza è conferito dalla legge ovvero dall'interessato.

Tra queste due fattispecie ci sono punti di contatto e di divergenza.

Divergenza, perché **il rappresentante legale**, a differenza del rappresentante cui sono conferiti i poteri dall'interessato, opera in base ad un potere che gli compete come proprio in relazione ad un ufficio di diritto privato e di conseguenza **non spende il nome altrui**, essendo sufficiente che agisca come rappresentante dell'incapace.

Ciò non comporta però la integrale inapplicabilità degli articoli 1388 e seguenti alla rappresentanza legale.

Il principio secondo cui il contratto concluso dal rappresentante produce direttamente effetto per il rappresentato vale anche per la rappresentanza legale.

*Esclusivo della rappresentanza volontaria è invece il principio secondo cui la procura deve rivestire la forma che richiesta per il contratto rappresentativo.*

*È inapplicabile alla rappresentanza legale il comma uno dell'articolo 1396 che pone a carico del rappresentato che modifica o revoca la procura un onere di comunicazione. È inapplicabile anche il comma due che è dettato per le altre cause di estinzione del*

*potere di rappresentanza conferito dall'interessato: all'applicazione analogica, osta la considerazione che la tutela dell'incapace deve prevalere sulla tutela del terzo e che comunque le vicende della rappresentanza legale sono soggette a particolari forme di pubblicità.*

Facoltà di chiedere al rappresentante la giustificazione dei poteri va invece riconosciuta anche a chi tratti con un rappresentante legale.

**Non sembra applicabile l'articolo 1398**, posto che in presenza della pubblicità legale che la accompagna, non sembra configurabile l'ipotesi che il terzo contraente abbia confidato senza sua colpa nella invalidità del contratto.

**È invece applicabile con adattamenti l'articolo 1399**, nel senso che, concluso il contratto per l'incapace da persona diversa del suo rappresentante legale, il contratto può essere ratificato dal rappresentante legale o dell'incapace medesimo, una volta cessata la causa di incapacità.

**Non opera invece per la rappresentanza legale il principio di apparenza**, posto che l'incapace non può imputarsi quel comportamento doloso o colposo causa dell'errore del terzo, la cui sussistenza costituisce presupposto necessario perché il principio possa operare.

È inapplicabile l'articolo 1389, relativo alla capacità del rappresentante e del rappresentato, perché nella rappresentanza legale soltanto il rappresentante è legittimato all'esercizio dell'attività negoziale.

Sono applicabili, con adattamenti, gli articoli 1390 e 1391. Anche per la rappresentanza legale vale il principio secondo cui sono rilevanti i vizi della volontà e gli stati soggettivi del rappresentante. Non può invece operare, almeno per l'ipotesi del rappresentato incapace, la limitazione relativa alla predeterminazione di elementi del contratto da parte del rappresentato. Né può avere rilevanza la sua malafede.

**Sembrano inapplicabili gli articoli 1394 e 1395**. Ciò non già perché il rappresentante legale non possa agire in **conflitto di interessi** con il rappresentato o **concludere il contratto con sé stesso**, bensì perché gli articoli citati sono costruiti sulla facoltà di reazione del rappresentante, non configurabile nel caso di rappresentanza legale. **Per questa ipotesi occorre una diversa tutela e cioè la nomina da parte del giudice di un sostituto**. E appunto prevista dagli articoli 320 comma 6, 360, 394 ultimo comma, 424 ovvero il divieto del rappresentante legale di compiere certi atti, quale è previsto da altri articoli 323, 378, 396 comma 2, 423

IL CONTRATTO PER PERSONA DA NOMINARE

**1401 cc:**

*“Nel momento della conclusione del contratto una parte può riservarsi la facoltà di nominare successivamente la persona che deve acquistare i diritti e assumere gli obblighi nascenti dal contratto stesso”*

**1404 cc:**

*“Quando la dichiarazione di nomina è stata validamente fatta, la persona nominata acquista i diritti e assume gli obblighi derivanti dal contratto con effetto dal momento in cui questo fu stipulato.”*

**1405 cc:**

*“Se la dichiarazione di nomina non è fatta validamente nel termine stabilito dalla legge o dalle parti, il contratto produce i suoi effetti fra i contraenti originari”*

**1402 cc:**

*“La dichiarazione di nomina deve essere comunicata all'altra parte nel termine di tre giorni dalla stipulazione del contratto, se le parti non hanno stabilito un termine diverso.*

*La dichiarazione non ha effetto se non è accompagnata dall'accettazione della persona nominata o se non esiste una procura anteriore al contratto”*

La persona che si riserva di nominare viene chiamata **stipulante**, l'altro contraente viene chiamato **promittente**, la persona nominata viene chiamata **eletto**

C'è dissenso sul **momento in cui si producono gli effetti del contratto fra i contraenti originari**, **se essi si producano quando il contratto è concluso o invece quando scade inutilmente il termine per la nomina.**

La giurisprudenza ha fatto propria la prima soluzione.

Ne consegue che, in pendenza del termine per la nomina, è parte lo stipulante e non l'eligendo.

Ci sono dei limiti all'esperibilità della fattispecie del contratto per persona da nominare:

Un **primo limite** suole essere individuato nella **necessità che la persona di uno dei contraenti sia fungibile**, nella necessità, cioè, che sia indifferente se sarà parte lo stipulante o invece l'eletto.

Un **secondo limite** viene individuato nella necessità che il **contratto sia a prestazioni corrispettive non ancora eseguite**. Ciò in simmetria a quanto la legge prevede in tema di cessione del contratto (1406). Ci sono dei dubbi sull'applicabilità di tale limite.

È diverso dal contratto per persona da nominare, il **CONTRATTO PER CONTO DI CHI SPETTA**, in cui chi agisce, agisce espressamente in nome e per conto altrui e non diventa in nessun caso parte del contratto. **È prevista tale figura in tre casi:** per la

rivendita della cosa sospetta di essere viziata (1513); per la cosa trasportata in caso di controversia sulla riconsegna, di ritardo del destinatario nel riceverla o di deperibilità (1690). Per l'assicurazione (1891).

Secondo l'autore, l'**accettazione** deve essere contestuale alla comunicazione della dichiarazione di nomina per evitare che il promittente si trovi nell'incertezza sull'identità dell'altro contraente: che non sarebbe più lo stipulante e non sarebbe ancora l'eletto. Quantomeno l'accettazione dovrà essere comunicata al promittente entro il termine fissato per l'*electio*.

Lo stipulante può nominare più soggetti; la giurisprudenza anche ritenuto che egli possa aggiungere a sé un altro soggetto.

### **1403 cc**

*“La dichiarazione di nomina e la procura o l'accettazione della persona nominata non hanno effetto se non rivestono la stessa forma che le parti hanno usata per il contratto, anche se non prescritta dalla legge.*

*Se per il contratto è richiesta a determinati effetti una forma di pubblicità, deve agli stessi effetti essere resa pubblica anche la dichiarazione di nomina, con l'indicazione dell'atto di procura o dell'accettazione della persona nominata”*

La dichiarazione di nomina deve essere **trascritta** per i contratti previsti dagli articoli 2645, 2684 cc, e ciò per tutelare l'eletto contro gli acquirenti dallo stipulante in data successiva alla dichiarazione di nomina.

Il termine per comunicare al promittente la dichiarazione di nomina è fissato dalla legge in tre giorni dalla conclusione del contratto, ma le parti possono stabilire un termine diverso.

Il termine convenzionale deve essere fissato in modo certo e determinato e non può essere stabilito dal giudice.

**Il termine per l'*electio* è un termine di decadenza e non può essere stabilito d'ufficio.**

Una dichiarazione di nomina tardiva non produce alcun effetto, al più, se ne ricorrono i presupposti, può dar luogo ad una cessione del contratto.

Come abbiamo detto, il termine di tre giorni può essere derogato dalle parti. Tuttavia, il rispetto del termine di tre giorni è il principale presupposto perché, **ai fini fiscali**, l'operazione possa essere considerata come costituita da un unico contratto e non da due contratti, il primo fra i contraenti originari, il secondo fra lo stipulante e l'eletto. Ciò sarebbe conveniente perché in questo modo il primo contratto contenente la clausola della persona da nominare sarebbe soggetto alla normale imposta di registro e il successivo atto di nomina sarebbe sottoposto alla sola tassa fissa. Altrimenti avremmo

due contratti, uno fra stipulante e promittente e l'altro tra promittente e persona nominata, entrambi soggetti alla normale imposta.

## IL CONTRATTO A FAVORE DI TERZO

### **1411 cc:**

*“È valida la stipulazione a favore di un terzo, qualora lo stipulante vi abbia interesse.*

*Salvo patto contrario, il terzo acquista il diritto contro il promittente per effetto della stipulazione. Questa però può essere revocata o modificata dallo stipulante, finché il terzo non abbia dichiarato, anche in confronto del promittente di volerne profittare.*

*In caso di revoca della stipulazione o di rifiuto del terzo di profittarne, la prestazione rimane a beneficio dello stipulante, salvo che diversamente risulti dalla volontà delle parti o dalla natura del contratto”*

A lungo l'interprete ha visto la stipulazione a favore di terzo come incompatibile con il principio per cui il contratto ha effetto tra le parti, ossia solo tra le parti.

La norma richiede che lo **stipulante abbia interesse a tale contratto**

L'interesse dello stipulante è particolarmente evidente quando l'interesse del terzo alla prestazione e l'interesse dello stipulante siano tutt'uno (associato che stipula per l'associazione, associazione che stipula per i soci).

L'interesse è manifesto quando la prestazione del promittente liberi lo stipulante da un'obbligazione, come avviene se in precedenza lo stipulante aveva promesso la prestazione del terzo.

Lo stipulante può avere interesse alla vicenda giuridica o alla prestazione perché essa gli procura un acquisto o una liberazione.

Fuori da questa ipotesi, l'interesse dello stipulante può essere morale e non si distingue bene dalla volontà. L'interesse di chi vuole arricchire il terzo male si distingue dalla pura volontà di arricchire il terzo.

**Gli interpreti concludono che l'interesse di chi vuole fare un dono, soddisfa l'articolo 1411.**

**Il contratto deve avere una causa**, l'articolo 1413 lo conferma, laddove legittima il promittente a far valere contro il terzo le eccezioni fondate sul contratto da cui il terzo deriva il suo diritto, e non invece quelle fondate su altri rapporti fra promittente e stipulante.

**Ciò non toglie che nei rapporti fra stipulante e terzo, il meccanismo possa comportare una liberalità, ossia una donazione indiretta. Poiché il promittente conclude a titolo**

oneroso, la causa dei negozi non sarà liberale, e perciò la forma non sarà quella della donazione.

Per esempio, il caso del genitore che volendo comperare e donare al figlio minore un immobile, contrae con il proprietario dell'immobile, paga e poi rimane inerte (nel senso che non ha bisogno di compiere ulteriori atti per rendere efficace il contratto).

L'interprete consente di stipulare a favore di un terzo non ancora esistente. In specie a favore di una società costituenda.

Si apre il problema classificatorio di sapere chi è soggetto del diritto in attesa che il terzo esista. Si dice che nelle more sarà soggetto del diritto lo stipulante, ovvero si potrà pensare che la nascita del diritto sia rinviata fino al momento della nascita del terzo.

Caso in cui l'obbligazione sia destinata ad un adempimento lontano nel tempo. Ci si chiede se, in tale evenienza, sarà sempre necessario che il terzo sia individuato fin dal momento del contratto. L'articolo 1920, in tema di assicurazione sulla vita a favore di un terzo, consente allo stipulante di designare il beneficiario con dichiarazione successive al contratto, rivolta all'assicuratore o per testamento. Il contratto a favore di terzo può avere come nocciolo l'attribuzione di un diritto ad un terzo determinato o da determinarsi senza troppo indugio. Ma può avere come nocciolo un'attribuzione futura e lontana o può mettere al centro della scena il potere di lunga durata costituito a favore dello stipulante di individuare e variare il beneficiario delle prestazioni.