

La dichiarazione del terzo non è necessaria per la conclusione del contratto.

Ne segue che i vizi del suo superfluo consenso, non viciano il contratto e se il contratto è impugnato per errore, non ha peso la riconoscibilità dell'errore da parte sua.

La fattispecie non integra il contratto a favore del terzo se promittente e stipulante hanno l'intenzione di procurare al terzo un semplice vantaggio economico diverso da un diritto.

Diverso dal contratto a favore di terzo è il **contratto con effetti protettivi a favore del terzo**, che implica, *in caso di inadempimento del promittente, una ragione di danni concessa al terzo*.

Il terzo ha un diritto autonomo e può farlo valere contro il promittente senza intervento dello stipulante (colui che ha stipulato il contratto a favore del terzo).

Ci sarebbero dei problemi se volesse agire in risoluzione, sia perché non ha la disponibilità del diritto dello stipulante e perciò non può travolgerlo con la sua iniziativa, sia perché non ha interesse a cancellare il contro debito dello stipulante nei confronti del promittente.

Il **diritto del favorito** rientra nei diritti acquistati dal terzo ai sensi dell'articolo 1458 e perciò **dovrebbe sopravvivere all'eventuale risoluzione del contratto promossa da uno dei contraenti**.

Il contratto in esame non può imporre al terzo un obbligo.

Un'interpretazione riduce l'effetto della stipulazione a favore di terzi alla sola area delle obbligazioni.

Più di recente **si è diffusa l'idea che essa possa estendersi ai diritti reali, per lo meno nell'area dei diritti reali che non comportano pesi a carico del loro titolare**.

La giurisprudenza adotta questa seconda interpretazione e le applicazioni intervengono in tema di servitù e di preliminare.

Per ora l'interprete non si è ancora domandato se la promessa a favore del terzo possa aver natura di proposta di alienazione che investe il terzo della facoltà di accettare e così perfezionare il contratto ad efficacia reale. Tuttavia, non c'è motivo per dare una risposta negativa.

La concessione di un'opzione a favore di terzo viene ammessa.

L'acquisto del terzo, fino al definitivo consenso del terzo, è soggetta alla duplice alea della revoca o modifica da parte dello stipulante e del rifiuto del terzo.

Infatti, ***se lo stipulante revoca la stipulazione o se il terzo rifiuta di profittarne, la prestazione verrà adempiuta a beneficio dello stipulante***.

La **revoca** è un negozio recettizio. È stato giudicato che deve essere indirizzata al promittente ed è giusto infatti che questi sappia a chi deve adempiere.

All'autore sembra che la revoca esista solo se notificata al terzo e che debba notificarsi al promittente per avere effetto nei confronti di quest'ultimo.

In dottrina si è pensato che la revoca debba rivestire la forma del contratto, ma la giurisprudenza riconosce la revoca operata per fatti concludenti.

Il rifiuto esisterà in quanto notificato allo stipulante e sarà efficace verso il debitore dopo la notifica a quest'ultimo.

L'insicurezza causata dalla revocabilità e rifiutabilità sarà da escludersi nell'area in cui sia in gioco l'acquisto di diritti reali. In dati casi il trasferimento del diritto allo stipulante non può funzionare, ad esempio, se lo stipulante ha convenuto la costituzione di una servitù a favore di un fondo dominante che appartiene al terzo o una costituzione di ipoteca o una fideiussione per garantire un credito del terzo.

A seconda della natura del contratto, il potere di revoca può mancare o può essere ristretto in termini conformi alle esigenze di un traffico efficiente.

LA TRATTATIVA

inizia con il preannuncio di una propria disponibilità a negoziare.

Questioni:

come distinguere l'**offerta** dall'**invito a offrire**

come distinguere la **trattativa** dal **consenso contrattuale**

La dichiarazione che non riporta gli elementi essenziali del contratto, non può essere una proposta. La completezza degli elementi essenziali, dall'altra parte, è elemento necessario ma non sufficiente per identificare la proposta.

L'**esposizione di un articolo in vetrina** con il cartellino del prezzo è considerato per lo più come vera proposta.

L'articolo **1336**, infatti, recita:

“l'offerta al pubblico, quando contiene gli estremi essenziali del contratto alla cui conclusione è diretta, vale come proposta”.

Tuttavia, *qualche interprete proviene alla conclusione opposta resa possibile dall'ulteriore inciso dell'articolo citato “salvo che risulti diversamente dalle circostanze o dagli usi”.*

La pubblicità inserita nei periodici e quotidiani, gli avvisi esposti nelle agenzie di affari sono invece **semplici inviti**.

È sicuramente un'offerta, quella rivolta al pubblico mediante **macchine distributrici** o consentendo al pubblico di **servirsi da sé**.

Talvolta le parti non chiariscono se aderiscono al testo contrattuale anche se esso ha tutte le clausole.

Questo testo, che reca tutte le clausole ma non è ancora un contratto, si chiama **minuta** o **puntuazione**.

Questo svolgimento, che implica più di uno studio nell'elaborazione del contenuto dell'atto, si chiama **formazione progressiva del contratto**.

Tre ipotesi:

- 1) La **distinzione fra trattativa e conclusione** verte sulla volontà delle parti e perciò è una **questione di fatto**.
- 2) **Si ha conclusione solo quando le parti abbiano definito tutti i punti principali e secondari che devono essere regolati.**
- 3) **Si ha conclusione quando sono definiti i punti essenziali.**

Un'analisi attenta convince che in materia l'unica ragione del decidere è il **RISPETTO DELL'INTENTO MANIFESTATO DALLA PARTE**.

Si ammette che, *prodotto un documento sottoscritto dalle parti, può dimostrarsi per testi o mediante il comportamento delle parti successivo ai fatti, secondo le circostanze, che tale scrittura riflette una fase della trattativa e non un impegno vincolante.*

Una dichiarazione può contenere **clausole che la caratterizzano come trattativa**.

Clausola salvo approvazione della casa.

In presenza della clausola, solo la dichiarazione della casa vale a concludere il contratto.

L'intermediario rappresenta dunque la casa nella mera ricezione della proposta, ma non nell'accettazione.

1337 cc:

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

La giurisprudenza ha inizialmente fatto un'applicazione riduttiva dell'articolo 1337, limitandolo all'area del **recesso ingiustificato dalla trattativa**.

L'affidamento nella conclusione del contratto è prematuro se la controparte non ha prestato il consenso.

Da questo punto di vista il requisito per l'affidamento nella conclusione è il requisito per la conclusione del contratto coincidono.

Prima della conclusione del contratto non c'è il consenso e se non c'è il consenso non c'è l'affidamento.

In definitiva la trattativa con affidamento non è altro che il preannuncio irrevocabile, non inficiato da condizioni o riserve, del futuro consenso contrattuale. Rientrano nell'ipotesi: la promessa informale di concludere un contratto formale; la proposta formalmente revocabile ma formulata come certa; e casi analoghi.

Il recesso è fonte di responsabilità solo se è ingiustificato.

Valgono come **giustificazione** fatti che rendono meno conveniente l'affare, ivi comprese le offerte più vantaggiose da parte di un terzo.

La conclusione del contratto non esclude l'intervento dell'articolo 1337.

dolo e **minaccia** sono tuttora regolati da norme apposite: 1439, 1440

Secondo l'articolo 1439 il malfattore che ha violato la buona fede non può invocare l'avvenuta conclusione del contratto.

Secondo l'articolo 1440 il malfattore, in caso di illeciti meno gravi, risponde comunque del danno (anche se il contratto rimane in piedi); si dà uno spazio all'applicazione del rimedio fondato sulla responsabilità civile.

La concessione di un rimedio volto all'invalidazione è il rimedio forte (1439 – 1440) concesso in certi casi tipici; ove il rimedio appare inidoneo, subentra l'articolo 1337.

È applicabile l'articolo 1337 nel **caso in cui il danno provenga dal terzo o nel caso in cui il danno avvenga prima di iniziare la trattativa?**

Se anche non si applicasse l'articolo 1337, si applicherebbe comunque l'articolo 2043.

Tanto vale rinunciare a distinguere e parlare in ogni caso di violazione della buona fede precontrattuale.

Secondo l'articolo 1337 il divieto di agire slealmente è diretto a tutti, ai privati e alle pubbliche amministrazioni.

La **responsabilità dell'articolo 1337 non grava di solito sul minore** che conduca personalmente la trattativa.

Quando la violazione dell'articolo 1337 consiste nella rottura della trattativa, l'illecito commesso dal minore non produce danno. Il minore che recede della trattativa

impedisce la conclusione di un contratto che egli poi non sarebbe tenuto ad adempiere.

Anche fuori dal caso della rottura della trattativa, così come l'agente incapace che conclude un contratto non risponde perché non è in grado di valutare la convenienza dell'affare, **varrà certo un'analogia quando l'incapace (il minore) valuti male la possibilità di una prestazione o non capisca il danno che arreca alla controparte consumando una trattativa inutile.** Una responsabilità residuale sarebbe salutare, peraltro, quando la colpa si combini con motivi spregevoli, ad esempio, il minore teppista che convoca un taxi a titolo di burla.

Anche il terzo incorre nella responsabilità, sia egli il terzo autore del raggirio o della violenza, o sia egli un qualsiasi altro terzo.

Una serie di regole applicative impongono ai contraenti certi **obblighi standardizzati di informare, di non ingannare, di non abusare, di non recedere**. La violazione dell'obbligo porta con sé la **responsabilità a titolo di semplice colpa**. **Anche comportamenti oggettivamente consentiti sono inoltre illeciti se maliziosi**. Il discorso si applica, ad esempio, a chi offre sapendo che certamente revocherà l'offerta o sapendo che non potrà disporre dei documenti necessari alla conclusione.

Sarebbe irragionevole che l'assenza di una trattativa qualificata rendesse impunita la slealtà. **Trattativa** deve dunque intendersi, nel senso più lato, come **attività collegata con un futuro contratto o con un affidamento precontrattuale**.

La conclusione del contratto non osta al risarcimento quando l'attore possa dire, ho concluso, ma avrei concluso a condizioni diverse se il convenuto non fosse stato sleale.

FIGURE NOTEVOLI DI CONDOTTA LESIVA

Abbiamo visto che la giurisprudenza configura come ipotesi paradigmatica della malafede precontrattuale il recesso illecito dalla trattativa e abbiamo osservato che la responsabilità deve estendersi ad ogni ipotesi di trattativa inconcludente.

Chi ha negoziato senza concludere può aver **appreso dalla trattativa tecniche coltivate in segreto e deve allora evitare di approfittarne**, così come deve evitare di divulgarle a danno dell'altro contraente. In caso di violazione si possono porre questioni di responsabilità delittuale o di arricchimento ingiustificato.

La legge sancisce in taluni casi che un soggetto debba rilasciare al controinteressato la prova di un fatto o di un diritto: una ricevuta, una ricognizione e così via. **All'autore sembra che chi riceve una dichiarazione abbia diritto di ottenere una prova idonea, il rifiuto di rilasciare la prova o la mancata ottemperanza alla richiesta della prova devono produrre, a carico del soggetto inerte, una sanzione di proporzionata gravità che ci pare**

possa consistere nel divieto di allegare la dichiarazione non seguita dal rilascio della prova.

Incidono sulla conclusione del contratto, oltre la proposta e l'accettazione, la revoca, il rifiuto, l'omessa revoca, l'omesso rifiuto, l'omessa accettazione.

Ciascuno di questi elementi può dar luogo a controversie relative al trattamento del vizio del volere, alla forma, all'apparenza, alle autorizzazioni. I vizi di questi elementi non sono previsti da norme puntuali. *A noi pare che una regola generale domini la materia e ci pare che questa regola sia contenuta precisamente nell'articolo 1337.*

Difficoltà diverse nascono sul terreno delle **omissioni**. Si prenda come paradigma l'*omessa accettazione dovuta ad abuso della controparte*. Quando la proposta fosse irrevocabile, diviene grave da un punto di vista pratico, l'impedimento che il proponente frapponga all'accettazione. Apparirà idonea, per casi simili, la remissione in termini dell'oblato stesso perché possa pronunciarsi definitivamente.

I rimedi di cui sopra si potranno applicare anche all'*omessa offerta quando, in virtù di un preliminare, il contraente favorito fosse libero di proporre e la controparte fosse obbligata ad accettare*.

Ulteriori doveri gravano sui contraenti in merito al verificarsi delle condizioni o all'averarsi di comportamenti o al perfezionarsi di atti rimessi al beneplacito di terzi: il presidente tratta e poi non porta l'accordo in consiglio di amministrazione.

Ci si chiede se l'articolo 1337 comporti una responsabilità aquiliana o una responsabilità contrattuale.

L'articolo 1337 interpreta l'articolo 2043 per rendere incontestabile che il danno arrecato con la slealtà pronto attuale è ingiusto. **La colpa prevista dal 1337 è dunque extracontrattuale. Così si orienta la giurisprudenza.**

Secondo una prima idea, **i danni risarcibili corrispondono all'interesse negativo**, ossia al pregiudizio subito dalla parte per aver coltivato la trattativa, ad esclusione del pregiudizio subito per la mancata conclusione del contratto. Questa idea è correlata alla concezione che ravvisa l'evento lesivo nel recesso abusivo della trattativa.

Ma fuori del caso del recesso abusivo, *tante ipotesi di responsabilità precontrattuale danno luogo a forme di protezione diversa.*

Per esempio, se la vittima ha rifiutato di concludere un contratto alternativo perché sedotta dall'illusione del contratto per cui è in trattativa, e la mancata conclusione sopravviene quando la vittima ha perduto l'occasione contrattuale a suo tempo rifiutata, allora il danno per l'occasione perduta abbraccia tutto il lucro cessante.

La regola dell'interesse negativo è quindi una delle molte regole che intervengono per sanzionare la responsabilità precontrattuale.

Quando la trattativa porti con sé l'indebita lesione di un bene che appartiene alla vittima indipendentemente dalla trattativa medesima, per esempio **violazione di un segreto**, le *regole risarcitorie sono quelle proprie della responsabilità aquiliana senza limiti specifici.*

Se la slealtà opera **creando indebitamente costituenti contrattuali** o impedendo indebitamente fatti impeditivi di un costituente del contratto, **la reazione sarà la non operatività giuridica del costituente. Se l'agente ha impedito al proponente con forza bruta di revocare la proposta, la sanzione è la sopravvenuta non operatività della proposta.**

Se invece la slealtà opera **impedendo il venire in essere di costituenti**, si avrà il fenomeno reciproco e cioè la **finzione di conclusione del contratto.**

Chi *induce la controparte con mezzi indebiti a concludere a condizioni peggiori di quelle cui essa avrebbe aderito al seguito di una trattativa limpida, risponde nella misura del danno che il mezzo scorretto ha cagionato*, ed esso è in ragione della differenza tra il vantaggio che la vittima otterrebbe dal contratto non concluso e il vantaggio che essa otterrà dal contratto concluso.

Infine, **chi fa promesse millantatore, facendo attenzione a non recuperarle nel testo contrattuale definitivo, incontrerà sul suo cammino la regola che vieta di venire contra factum proprium e dovrà perciò subire l'ultraattività della promessa millantatoria che entrerà a far parte del contenuto contrattuale.**

Quindi possiamo dire che **la responsabilità precontrattuale dà vita a 5 diversi regimi di responsabilità:**

- 1) **risarcimento con o**
- 2) **SENZA L'ADDENDO DEL MANCATO LUCRO,**
- 3) **FINZIONE DI AVVERAMENTO** o
- 4) di **non avveramento di un costituente contrattuale,**
- 5) **integrazione correttiva del contenuto del contratto.**

IL CONTRATTO PRELIMINARE

CONTRATTO PRELIMINARE: **contratto con cui le parti si impegnano a stipulare in futuro un altro contratto.**

Preliminare di preliminare. Opzione di preliminare di preliminare.

Nel preliminare di contratto bilaterale potrà darsi che entrambe le parti si impegnino a concludere il definitivo e potrà darsi che si vincoli una sola delle parti.

La nostra giurisprudenza distingue l'ipotesi in cui le parti promettono di contrarre (preliminare) dall'ipotesi in cui le parti vogliono fin d'ora gli effetti definitivi del negozio, ma promettono di riprodurre il consenso (per lo più in una forma diversa e più solenne). Nel primo caso spetta al promissario insoddisfatto la sentenza costitutiva di cui all'articolo 2932, nel secondo caso le nostre corti respingono categoricamente ogni domanda fondata sull'articolo 2932.

Una variante notevole del contratto preliminare di vendita è quella caratterizzata dall'esecuzione anticipata: Il venditore trasferisce il possesso e intasca il prezzo fin dal momento del preliminare. In questa ipotesi il preliminare non differisce per nulla da una vendita obbligatoria; Il definitivo sarà un atto solutorio consistente nell'alienazione della cosa.

I requisiti oggettivi del contratto preliminare ricalcano i requisiti propri di ogni contratto.

La forma deve essere quella prescritta per il definitivo (1351)

La capacità delle parti, l'integrazione della volontà mediante autorizzazioni e così via, ricevono le regole proprie del contratto, o di quel dato tipo contrattuale anche se si tratta di preliminare.

C'è parallelismo anche fra il requisito della determinabilità del contenuto del preliminare e la determinabilità del contenuto del definitivo.

Il preliminare deve contenere tutti gli effetti sostanziali del futuro contratto definitivo o indicare il modo per individuarli.

È vero che talora la giurisprudenza valida il preliminare quando sono fissati solo i punti essenziali del contratto e manca l'accordo sui punti secondari, ma secondo l'autore tale enunciazione è corretta nei limiti in cui mancando l'accordo sui punti secondari sarebbe valido anche un definitivo.

I requisiti afferenti alla legittimità, liceità, possibilità giuridica dell'operazione si valutano con riguardo al momento del definitivo.

IL PRELIMINARE OBBLIGA A CONCLUDERE, cioè a far ciò che è necessario e sufficiente per produrre gli effetti definitivi.

Divenuta impossibile la prestazione prescelta dalle parti come prestazione del futuro contratto definitivo, si intende impossibile la stessa conclusione dedotta nell'obbligazione di contrarre.

Dal contratto preliminare nasce un'obbligazione assistita da un'azione personale (strumento giuridico per ottenere l'adempimento di un obbligo).

Può avvenire che i diritti nascenti dal contratto preliminare devono essere ridiscussi. In tal caso il contratto definitivo dovrà tener conto dello stato degli effettivi diritti e doveri delle parti.

Fino al 1993 la giurisprudenza è stata restia ad emettere ex articolo 2932 sentenze che non fossero la pura riproduzione delle clausole del preliminare. Ma da allora si ammette che il contratto definitivo e la sentenza che tiene luogo di esso si adegui ai doveri che gravano sulle parti per effetto del preliminare e dei fatti rilevanti che ad esso sono seguiti.

Il preliminare seguito da iscrizione pregiudizievole o il vizio della cosa decurtano l'obbligazione del compratore. Il compratore può, secondo un'interpretazione, chiedere l'eliminazione dei vizi e delle difformità.

Il contratto preliminare è soggetto a trascrizione nell'ambito in cui i contratti definitivi lo sono.

La trascrizione non opera al di là dei tre anni.

La trascrizione vale come prenotazione nei confronti della trascrizione del definitivo. In secondo luogo, blocca in via di massima l'efficacia degli atti iscritti o trascritti successivamente contro il promittente alienante. Infine, rafforza mediante privilegi il credito del contraente vittima dell'inadempimento della controparte e il credito di chi ha finanziato l'edificazione dell'immobile.

La presenza dell'obbligo di contrarre viene a produrre notevoli conseguenze sul regime dell'invalidità del definitivo, paralizzando talune eccezioni fondate sul vizio del volere e, forse, sull'incapacità.

Supponiamo che qualcuno concluda liberamente un preliminare svantaggioso e poi, mentre medita di sottrarsi alla conclusione del definitivo, si induca alla stipula perché viene raggirato. All'autore pare che il definitivo non si possa annullare secondo l'articolo 1439 perché alla domanda di annullamento il convenuto potrebbe rispondere che non è lecito chiedere l'annullamento di un contratto che subito dopo verrebbe sostituito da una sentenza emessa in conformità dell'articolo 2932 e comunque l'annullamento del definitivo fa rivivere il preliminare.

La casistica abbonda sul terreno della rescissione per lesione o per stato di necessità. Se viene impugnato il definitivo quando è spirato il termine per l'impugnativa del preliminare, il contraente avvantaggiato dal negozio non mancherà di eccepire che il preliminare, essendo definitivamente valido il definitivo, non potrà più mettersi in discussione, essendo un atto dovuto. In casi siffatti **la giurisprudenza afferma che, intervenuti il preliminare e il definitivo, dal momento di quest'ultimo sorge una nuova azione di rescissione con un proprio termine annuale di prescrizione decorrente dalla data di quest'ultimo contratto.**

2932 cc:

“Se colui che è obbligato a concludere un contratto non adempie l'obbligazione, l'altra parte, qualora sia possibile e non sia escluso dal titolo, può ottenere una sentenza che produca gli effetti del contratto non concluso.

Se si tratta di contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata o la costituzione o il trasferimento di un altro diritto, la domanda non può essere accolta, se la parte che l'ha proposta non esegue la sua prestazione o non ne fa offerta nei modi di legge, a meno che la prestazione non sia ancora esigibile.”

L'articolo 2932 attribuisce all'avente diritto la facoltà di chiedere la sentenza costitutiva, ma non gli toglie l'altra facoltà di chiedere, puramente, la condanna del convenuto a concludere il contratto definitivo.

Sottostà a questa norma anche la pubblica amministrazione.

L'attore deve presentarsi in giudizio pronto ad adempiere.

Se la prestazione dell'attore è esigibile e liquida, l'attore non può ottenere la sentenza traslativa di proprietà senza eseguire o offrire la propria prestazione. Può offrirla anche informalmente e l'offerta è valida anche durante il giudizio d'appello.

Se la prestazione del compratore non è esigibile prima del momento dell'alienazione o se comunque il compratore non ha ancora pagato, il giudice emette una sentenza condizionata al pagamento (cioè la sentenza produrrà i suoi effetti solo dal momento in cui il compratore abbia pagato il prezzo).

L'effetto del giudicato è rafforzato dalla previa trascrizione della domanda, che produce un effetto di prenotazione rispetto alla trascrizione della sentenza. (con la trascrizione si può opporre la domanda ai terzi, i quali durante il processo potrebbero acquistare il bene. Prenotare la trascrizione della sentenza significa che la trascrizione della sentenza agisce sin dalla trascrizione della domanda giudiziale)

IL CONTRATTO NORMATIVO

Tramite il **contratto** o accordo **normativo** le parti prestabiliscono quale sarà il contenuto e quali saranno alcuni aspetti del contenuto di futuri contratti che si riservano di concludere.

Non è nell'essenza del contratto normativo l'impegno alla conclusione dei contratti ulteriori.

Le parti, quando concluderanno i contratti previsti nella convenzione normativa, potranno anche aver cambiato idea e in questo caso l'accordo normativo verrà superato.

Il contratto normativo può impegnare le parti ad includere date clausole trattando con i terzi o può essere concluso fra più di due parti. In queste due ipotesi le parti che concludono i contratti ulteriori non sono libere di scrollarsi di dosso il patto normativo, poiché esso è stato stipulato da un soggetto terzo. Se le parti concludono contratti ulteriori derogando al patto normativo, quella o quelle di esse che erano vincolate sono responsabili contrattualmente per la lesione dell'accordo violato.

IL CONTRATTO IMPOSTO

OBBLIGHI LEGALI DI CONTRARRE emergono dagli art. 1679 e 2597 del codice civile

2597 cc:

"Chi esercita un'impresa in condizione di **monopolio legale** ha l'obbligo di contrattare con chiunque richieda le prestazioni che formano oggetto dell'impresa, osservando la parità di trattamento"

Si potrebbe individuare un obbligo di contrarre anche attraverso l'articolo 2043. Si potrebbe infatti profilare una ingiustizia del danno cagionato con il rifiuto di contrarre.

Infatti, il rifiuto di contrarre può anche presentarsi come una modalità dannosa dell'attività contrattuale del soggetto, allorché il soggetto concluda professionalmente i contratti di quel tipo.

Si giungerebbe per questa via al **risarcimento del danno per rifiuto emulativo di contrarre** e forse attraverso l'articolo 2058 si giungerebbe addirittura al **contratto imposto**.

L'articolo 2932 sembra garantire che anche nel caso del contratto imposto l'obbligo di concludere un contratto è assistito dalla **possibilità di ottenere una sentenza sostitutiva del contratto stesso**.

Ci si chiede se la responsabilità del monopolista legale per mancata conclusione del contratto sia contrattuale o aquiliana.

Parrebbe, comportando un'obbligazione in senso stretto, rientrare nell'ambito della responsabilità contrattuale (se non ho capito male)

Se anche l'articolo 2932 fosse dettato in previsione di una responsabilità contrattuale dotata di un limitato campo di applicazione, un'estensione al campo aquiliano sarebbe pienamente disposta dall'articolo 2058.

Correlazione fra obbligo legale di contrarre e contenuto delle condizioni generali di contratto: **il monopolista predisporrà gli stesso le clausole però non deve fabbricare condizioni vessatorie o anche solo capricciose**.

L'OPZIONE

L'OPZIONE è un contratto con cui una parte emette la proposta di concludere un ulteriore contratto cosicché la controparte potrà perfezionare con la propria unilaterale accettazione questo contratto ulteriore.

Ci si chiede quale differenza intercorra fra **opzione** e **proposta irrevocabile**: la prima è una **convenzione** e la seconda è una **dichiarazione unilaterale**.

La situazione che esce dall'**opzione**, a differenza di quella che esce dalla **proposta irrevocabile**, è un diritto soggettivo, è cedibile, è opponibile ai terzi.

L'opzione viene definita come un **contratto unilaterale**.

L'opzione differisce dalla mera clausola di irrevocabilità della proposta perché si appoggia ad una causa: perché è stata o sarà pagata con un prezzo corrispettivo a parte; cosicché a questo specifico titolo l'offerente consente all'opzionista di ritardare la propria decisione in modo da concludere o non concludere il contratto a seconda dell'andamento del mercato.

Il contratto d'opzione deve essere concluso nella stessa forma che è richiesta per il contratto definitivo e il definitivo si concluderà mediante l'accettazione dell'oblato, da manifestare nei modi comuni o in quelli determinati dalla proposta. **Così il contratto di opzione deve indicare tutti gli elementi essenziali del contratto finale**.

LE SITUAZIONI STRUMENTALI

L'offerente, fin dal momento in cui propone, assume il dovere di comportarsi lealmente

Secondo l'autore, almeno nel campo dell'**opzione**, il generico dovere di comportarsi secondo buona fede non esaurisce l'ambito dei doveri dell'offerente. *Fin dal momento dell'opzione, l'offerente assume su di sé l'obbligo di far venire in essere tutti i requisiti del futuro contratto.*

*L'obbligo in esame può nascere con l'opzione e può nascere più genericamente con la **proposta ferma, senza bisogno di accettazione** (1333).*

Ma un'obbligazione senza corrispettivo, come l'obbligo di non revocare assunto unilateralmente dal proponente, avrà un contenuto più modesto, mirerà a non deteriorare la condizione della controparte più che ad arricchirla.

Trattandosi poi di obbligazione rivolta a rendere possibile la conclusione di un contratto, essa viene meno, per difetto di interesse del creditore, se l'oblato rinuncia per motivi propri, indipendenti dal comportamento dell'offerente, alla conclusione.

Per l'**offerta revocabile** la soluzione è opposta perché essa, a cagione della sua stessa revocabilità, non crea un affidamento altrettanto incondizionato. Peraltro, nei limiti in cui un affidamento esiste, esso deve essere protetto e cioè **se il proponente, effettuata l'offerta, rende impossibile l'oggetto del contratto e l'oblato se ne accorge, l'offerente è svincolato e l'oblato perde ogni tutela, così come la perderebbe in caso di revoca; ma se lo oblato è all'oscuro del fatto nuovo e la revoca non interviene, sicché l'atro in buona fede accetta, in tal caso l'affidamento si è formato in base alla proposta e l'offerente incorre in una responsabilità per violazione dell'obbligo assunto con l'offerta**

L'offerente può meritare una protezione per le plusvalenze della prestazione maturate nel periodo intermedio per le spese da lui sostenute, come avverrebbe se proposta la vendita di un appartamento in condominio, il proponente venditore venisse costretto da una delibera condominiale ad una spesa che aumenta il valore della cosa.

Vediamo ora la situazione dell'obligato che sia **opzionista, destinatario di un'offerta irrevocabile o oblato semplice**

La dottrina prevalente fino a poco tempo fa considerava la proposta incedibile

Recentemente la dottrina ha proclamato la regola generale della **cedibilità dell'opzione**.

Tuttavia, questo non si può affermare sempre, **sarebbe infatti errore gravissimo credere che l'opzione a concludere un contratto non cedibile sia cedibile**. Il contratto non è cedibile perché non circoli invito creditore il debito. Per la stessa ragione si deve impedire che circoli invito creditore il diritto potestativo di diventare debitore.

La regola generale dell'**incedibilità della proposta**, a sua volta, ha un senso solo in quanto sussiste una regola perfettamente simmetrica e parallela rispetto all'**incedibilità del contratto**. **Reciprocamente, se il contratto è eccezionalmente cedibile, è cedibile non solo l'opzione ma anche, a nostro giudizio, la semplice proposta**.

È evidente che se l'**offerta** fu rivolta **intuitu personae**, *non è cedibile la proposta perché non sarebbe cedibile il contratto derivante dalla proposta medesima*.

In definitiva proposta semplice, proposta ferma, opzione possono circolare nella misura in cui può circolare il contratto che esse mirano a concludere.

LA PRELAZIONE

Per **PATTO DI PREFERENZA**, o **PRELAZIONE**, taluno promette che se si indurrà a concludere un contratto dato presceglierà come controparte un beneficiario dato. Il patto ora descritto viene presentato da molti come un contratto preliminare, per lo più unilaterale condizionato. Si aggiunge che la condizione è potestativa, ma non meramente potestativa.

Qualcuno ha contestato l'equiparazione del patto di prelazione al contratto preliminare, osservando che chi promette di preferire si impegna non tanto a concludere con il preferito, quanto a non concludere con altri. Il patto di prelazione sarebbe dunque un patto de non contrahendo piuttosto che de contrahendo.

La legge prevede numerose ipotesi di prelazione: la prelazione ex lege a favore del coerede (732) e del socio a responsabilità limitata (2477), ecc.

Tutte le operazioni regolate dalla legge nascono tra persone legate da un preesistente rapporto giuridico. *Fatto salvo il caso di cui all'articolo 1566, tutte le prelazioni hanno come oggetto l'acquisto della proprietà di una cosa determinata da parte di un altro soggetto che ha un diritto, un potere o un interesse qualificato alla cosa.*

Tutte le prelazioni legali, a parte il 1566, hanno come corollario il **retratto** (operante erga omnes), ossia un rimedio da esercitare contro l'alienazione lesiva.

Varietà della struttura della prelazione.

L'interprete posto di fronte ai problemi della prelazione pattizia potrà dire soltanto che **le parti possono volere ogni effetto compatibile con l'autonomia negoziale**. In particolare, esse possono volere:

1) **un impegno a contrarre (sottoposto a condizione potestativa), o la concessione di un'opzione (anch'essa condizionata).**

2) **Un impegno subordinato alla condizione “se metterò in vendita” o un impegno subordinato alla condizione “se venderò”**

3) **Un impegno personale obbligatorio o una soggezione del bene al diritto del preferito**

Sarà anche questione di fatto accertare se le parti hanno voluto una **preferenza con efficacia erga omnes o con valore solo personale**.

La giurisprudenza ha legittimato la **prelazione perpetua**, senza considerare che il patto di prelazione ingloba una causa di inalienabilità regolata dall'articolo 1379.

Quando la **prelazione è gratuita**, i giudici consentono alle parti di costituirla con la **dichiarazione unilaterale di cui all'articolo 1333**, *mentre un patto di questo genere, privo di una causa che non sia quella liberale, dovrebbe essere assoggettato alla forma della donazione* (il carattere non liberale può ammettersi solo se la prelazione è voluta per l'interesse del promittente quale strumento per attirare la controparte alla trattativa).

Si distingue tra **prelazione legale con effetto reale erga omnes** e **prelazione convenzionale**, fonte di puri diritti personali.

Con il codice attuale la tendenza si conserva e si approfondisce, ma incomincia a soffrire eccezioni significative.

Massima giurisprudenziale secondo cui, *stipulato un patto di prelazione, il promissario non ha diritto all'esecuzione in forma specifica, ma può soltanto ottenere il risarcimento dei danni.*

Fondamento: *finché il promittente non ha contratto con il terzo, il promissario non ha ragioni attuali da far valere. Una volta che il promittente abbia contratto con il terzo, il diritto del terzo è fondato su un negozio valido ed efficace proprio perché la prelazione ha un valore solo obbligatorio e perciò l'esecuzione in forma specifica a favore del promissario è impossibile.*

La logica non impedirebbe di considerare corresponsabile dell'onerato inadempiente il terzo in malafede e di sanzionare la responsabilità del terzo in malafede, ex articolo 2058, con un obbligo di risarcire i danni in natura trasferendo il bene al promissario preferito.

La pratica ammette l'**operatività della prelazione nei confronti del terzo in due casi:**

1) **ricosce l'efficacia erga omnes delle regole contenute negli statuti sociali sulla circolazione delle parti sociali**, cosicché il promissario può agire contro il promittente per l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo di offrire in cessione ai soci contenuto nello statuto.

2) In secondo luogo **può avvenire che il contratto concluso dal promittente, sebbene sufficiente per rendere attuale il diritto del promissario, non sia sufficiente a far acquistare al terzo un diritto opponibile al promissario.** Per esempio, quando una vendita immobiliare non sia stata ancora trascritta.

Il promittente adempie al suo impegno inviando al promissario la notizia della sua intenzione di contrarre detta **denuntatio**, *redatta nella forma propria del contratto che essa mira a concludere e contenente i precisi termini del negozio.* L'accettazione del promissario perfeziona il contratto.

RIPETIZIONE O RIPRODUZIONE DEL CONTRATTO

Le parti, concluso un contratto, emettono in seguito una dichiarazione di contenuto uguale alla prima.

La **dichiarazione riproduttiva** può essere invocata come dichiarazione **negoziale**, anche se gli effetti del negozio appartenevano invece alla dichiarazione originaria.

L'interesse a riprodurre dura fintanto che dura l'interesse a provare, a garantire, a vedere eseguito o portato agli effetti pratici il negozio fondamentale

Può essere un atto dovuto o spontaneo.

È un **atto dovuto** quando le parti, concludendo il contratto fondamentale, si sono impegnate a redigere in futuro un secondo testo che riproduca il negozio.

Scopo: assicurare alle parti un più solido mezzo di prova, una dichiarazione capace di essere trascritta o pubblicata, una dichiarazione comodamente ostensibile ai terzi o revisionata nella forma per dare luogo a minori dubbi interpretativi, eccetera.

Essa può avere quindi la funzione di reiterare una dichiarazione precedente e perciò **se diverge dalla dichiarazione precedente la si dirà scritta per errore, contraria alla vera volontà delle parti (mera riproduzione)**; d'altro canto, se il negozio riprodotto era viziato, la reiterazione della dichiarazione prova che le parti hanno voluto sanare il vizio e la volontà posteriore deve prevalere su quella priore.

Si distingue così fra **mera riproduzione** e **negozi rinnovativi**.

Quindi, date due dichiarazioni successive sullo stesso oggetto, fra le stesse persone, si presume l'intenzione di riprodurre o quella di innovare? **per l'autore è giusto propendere per l'intenzione ricognitiva e non innovativa**

L'INTERPRETAZIONE DEL CONTRATTO

1362 cc:

*“Nell'interpretare il contratto si deve indagare quale sia stata la **comune intenzione delle parti** e non limitarsi al senso letterale delle parole.*

Per determinare la comune intenzione delle parti, si deve valutare il loro comportamento complessivo anche posteriore alla conclusione del contratto”

Diversi modi di intendere l'**interpretazione**:

1) Interpretazione come **RICOGNIZIONE** del contenuto di una volontà.

2) Interpretazione come un procedimento che **assegna un significato** alla dichiarazione contrattuale.

3) *Insegnamento classico in Italia: interpretazione come **determinazione del senso giuridicamente rilevante della dichiarazione contrattuale, condotta alla stregua della norma giuridica, la quale ha precisamente il compito di fissare l'oggetto di questa ricerca.***

L'**attività interpretativa è legalmente regolata**, perciò essa è conforme a diritto non già quando riesca a ricostruire con precisione la volontà, ma quando si adegui ai canoni legali.

Il legislatore ci fa intendere che, ad ogni fine, la ragion d'essere delle norme di interpretazione sarà la persuasione del legislatore che la norma conduca ad una fedele ricostruzione della cosiddetta volontà comune delle parti.

Un tempo, si riteneva che le norme di interpretazione fossero dei consigli derogabili.

Oggi questa teoria è stata abbandonata.

È indiscusso il dovere del giudice di adeguarsi ai canoni ermeneutici fissati dalla legge; mentre il risultato del procedimento ermeneutico costituisce accertamento di un fatto ed è pertanto insindacabile quando sia immune da vizi logici la relativa motivazione.

Contratti formali: sarebbe astrattamente ipotizzabile che l'interpretazione del contratto formale si riducesse ad una ricostruzione del significato oggettivo delle parole espresse nel documento, ma l'articolo 1362 offre una base d'appoggio per sostituire il senso oggettivo della dichiarazione con quello soggettivo e la giurisprudenza non distingue in merito fra contratto formali e informali.

L'intenzione comune delle parti di cui parla l'articolo 1362 può anche mancare: in questo caso l'art. 1362 è inapplicabile.

L'interprete dovrà ricostruire il significato del negozio [prescindendo da tutti quegli indici individuali relativi a una sola delle due parti che comportano una divergenza rispetto all'immagine che egli si fa del codice semantico socialmente approvato.](#)

Rimarrà più vicina a quel modello di significato ipotetico impropriamente chiamato [significato oggettivo della dichiarazione.](#)

Può anche sorgere il [dubbio se la parte abbia voluto contrarre o abbia voluto coltivare una trattativa.](#) Questo è un [problema di volontà](#) dell'una parte e di volontà dell'altra parte in cui l'articolo 1362 è inapplicabile.

Possiamo parlare di interpretazione del testo contrattuale (cioè del significante), e possiamo parlare di interpretazione del contratto (cioè del significato).

È giusto essere scettici intorno all'esistenza di un significato obiettivo della dichiarazione, ma in qualche modo fa supplenza di questo significato obiettivo, il significato statisticamente usuale o il significato che i difensori delle parti e il giudice avrebbero dato a quel termine se l'avessero scritto nel proprio contratto

Le parole del testo contrattuale dominano la scena dell'interpretazione.

[La singola frase deve essere interpretata alla luce dell'intero contratto.](#) Entrano in gioco anche le clausole inoperanti perché nulle.

[Quando occorrerà allontanarsi dal testo si spiegherà che le parti hanno usato un linguaggio loro proprio.](#)

Il testo si presenta processualmente come un'unità

La **prima fase** di ogni ricerca ermeneutica consiste nell'**attribuzione di un ipotetico significato cosiddetto oggettivo alla dichiarazione delle parti**. L'interprete soddisfatto dei risultati ottenuti in questa fase non andrà oltre perché **l'assenza di dubbi significa certezza che il significato oggettivo dettato coincide con la intenzione soggettiva e comune delle parti**.

Questa ricerca si sdoppia in due momenti perché **si rivolge alla lettera (singole frasi) e illumina le varie frasi mediante un confronto sistematico** (articolo 1363)

Fra lettere e sistema non esiste un rapporto di priorità

In qualunque fase della ricerca ermeneutica, l'interprete può superare il ricorso ad ogni mezzo legale o puramente logico quando acquisisce la certezza di aver rinvenuto la comune volontà delle parti.

Significato oggettivo, significato legale, comune intenzione sono dunque tre entità con cui l'interprete può entrare in contatto e di cui, in caso di contrasto, la prima cede alla seconda e la seconda cede alla terza.

Secondo l'adagio in claris non fit interpretatio, quando una prima fase dell'attività ricognitiva ha condotto a risultati soddisfacenti, non si deve passare a fasi ulteriori caratterizzate da ricerche più complesse (**sussidiarietà dei mezzi ermeneutici legali**).

Secondo l'autore, l'adagio secondo cui non deve ammettersi una ricerca della volontà, laddove il testo della dichiarazione sia chiaro, è inutilizzabile, perché esso rovescia l'ordine logico del discorso. Infatti, per poter dire che quella dichiarazione è chiara, bisogna aver già operato un'interpretazione della dichiarazione.

Il principio di sussidiarietà significa dunque solo che nel conflitto fra la lettera e un argomento tratto dagli articoli 1362 seguenti, il giudice, convinto della lettera ha il potere di dirlo, denunziandone la prevalenza, anzi la virtù preclusiva nei confronti dell'argomento extratestuale. Necessità di armonizzare la regola in esame con la risaputa affermazione secondo cui, scoperto il contrasto fra significato oggettivo e soggettivo bilaterale, quest'ultimo prevale.

L'interpretazione testuale apre dunque il processo ermeneutico.

Compiuto l'approccio al testo, l'interprete verifica la provvisoria interpretazione testuale ricorrendo a tutti i mezzi indicati dalla legge (1362 1371)

1)deve tenersi conto del **comportamento complessivo delle parti**, anche posteriore alla conclusione del contratto (**1362** secondo comma).

2)Le **clausole si interpretano le une per mezzo delle altre** (**1363**)

3)Le **espressioni** usate dalle parti, per quanto generali, **si intendono riferite ai soli oggetti previsti dalle parti** (1364)

4)Il **caso espresso exempli causa non fa presumere l'esclusione dei casi non espressi** (1365)

5) L'interpretazione deve condursi secondo **buona fede** (1366)

6) Contratto e clausole, nel dubbio, devono **interpretarsi nel senso in cui possano avere qualche effetto** (1367, **principio di conservazione**)

7) Le **clausole ambigue si interpretano in conformità agli usi locali** (1368)

8)Le **espressioni polisense si interpretano nel modo più conveniente alla natura del contratto** (1369)

9) Le **clausole inserite nelle condizioni generali di contratto o in moduli o formulari predisposti da uno dei contraenti si interpretano nel dubbio a favore dell'altro** (1370)

10)qualora, nonostante l'applicazione delle regole precitate, il contratto rimanga oscuro, esso deve essere **inteso nel senso meno gravoso per l'obbligato, se a titolo gratuito**, e **nel senso che realizzi l'equo contemperamento degli interessi delle parti se a titolo oneroso** (1371)

Primo tipo **1362 - 1365 (norme di interpretazione soggettiva)**

Secondo tipo (1367 – 1371) (**norme di interpretazione oggettiva**).

Priorità dei mezzi di interpretazione soggettiva rispetto ai mezzi di interpretazione oggettiva.

Nell'ambito dei mezzi di interpretazione soggettiva non si fissano criteri di priorità

Fra i mezzi di interpretazione oggettiva, precede il principio di conservazione, seguono le pratiche interpretative, poi viene il criterio di conformità alla natura del contratto, rimane ultimo il favore del debitore.

Le nuove elaborazioni dottrinali sospingono l'interpretazione contro l'autore (1370) in posizione priore rispetto alla regola di adeguamento agli usi (1368) e la benigna interpretazione garantita all'obbligato gratuito (1371) confluisce nelle regole finali postergate alle altre. Mentre si nota una viva tendenza a rivalutare la regola di conformità alla natura del contratto (1369) che viene a porsi nella gerarchia subito dopo il principio di conservazione (1367).

L'ART.1362

La giurisprudenza conosce innanzitutto una distinzione fra **comportamento successivo conforme al contratto, utile materiale ermeneutico**, e **comportamento successivo difforme dal contratto, che costituisce violazione contrattuale e non è perciò materiale ermeneutico**

Al comportamento complessivo talora viene negata rilevanza se non è bilaterale e qualche altra volta viene riconosciuto valore ermeneutico, anche se appartiene ad una sola delle parti. Ciò si può spiegare nel seguente modo: il comportamento delle parti è rilevante quando logicamente se ne possa inferire la volontà o l'opinione delle parti sul valore del testo: ha questa attitudine il comportamento bilaterale. **Quando venga in discussione il comportamento di una sola parte, esso sarà rilevante quando sia contraria agli interessi del soggetto di tale condotta o, in genere, quando collimi con l'interpretazione adottata dall'altra parte.**

Anche le trattative possono essere utilizzate ai fini delle interpretazioni. La trattativa, che non può essere invocata contro il testo contrattuale, può essere utilizzata come materiale ermeneutico.

Frequenti massime giurisprudenziali dicono che l'**articolo 1367 non autorizza conversioni di contratti nulli attraverso interpretazioni sostitutive della vera intenzione delle parti.**

Si deve **distinguere l'uso normativo cui fa riferimento l'articolo 1374 dall'uso interpretativo a cui si riferisce l'articolo 1368.** Il **primo è fonte di diritto, sia pure non cogente**, il **secondo è materiale ermeneutico**, elemento per l'accertamento di un fatto (volontà contrattuale). Pertanto, non si può sottrarre il contratto all'applicazione dell'articolo 1374, allegando che le parti ignoravano gli usi e argomentando che non possono averli voluti.

L'INTEGRAZIONE DEL CONTRATTO

1374 cc:

“Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le conseguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità”

1375 cc:

“Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede” (riecheggia il 1175)

1339 cc:

“Le clausole, i prezzi di beni o di servizi, imposti dalla legge o da norme corporative sono di diritto inseriti nel contratto, anche in sostituzione delle clausole difformi apposte dalle parti”

1340 cc:

“Le clausole d'uso s'intendono inserite nel contratto, se non risulta che non sono state volute dalle parti”

Gli effetti legali non sempre si aggiungono a quelli contemplati dalle parti, ma anzi, talora si sostituiscono di diritto ad essi. A più forte ragione, la prova che le parti non vollero né avrebbero comunque voluto gli effetti legali, non varrà sempre ad escluderli.

Gli effetti legali del contratto non rientrano nel contenuto dell'accordo se si considera il contratto come accordo, come realtà del mondo del fatto. Mentre rientrano sicuramente nel contenuto del contratto, quale regolamento

Di fronte ad un concreto contratto la deduzione degli effetti procede accertando il **significato oggettivo** del testo, poi il **significato legale** dello stesso testo (interpretazione), poi operando con le **aggiunzioni e sostituzioni** che si chiamano **integrazioni**.

La norma cogente sostitutiva, secondo l'autore, opera quando i contraenti, conoscendola, sospettandone l'esistenza, hanno contratto con l'intento di sottomettersi o con l'intento di eluderla. **Può invece essere esclusa tramite l'azione di annullamento se il contraente danneggiato dimostra di averla ignorata** (ossia il contraente può chiedere l'annullamento (per errore) del contratto se è stato danneggiato dalla clausola sostitutiva e dimostra che l'aveva ignorata – se non sbaglio).

È valida la clausola per cui l'accordo non opera e quindi non è soggetto a sostituzione se illegale (clausola con cui la parte dice: se una clausola del contratto viene sostituita, tutto il contratto si considera senza effetto).

La legge di cui parlano gli articoli 1374 e soprattutto 1339 è la legge formale, la quale peraltro può rinviare ad un atto amministrativo o anche ad un negozio privato.

Gli **Usi integrano il contratto a duplice titolo**, da una parte *si intendono inserite nel contratto le clausole d'uso, se non risulta che non sono state volute dalle parti* (1340), dall'altro canto *il contratto obbliga alle conseguenze che sono appropriate secondo gli usi* (1374).

Le clausole d'uso sono quelle che si sogliono apporre ai contratti del tipo di cui si tratta.

L'uso prende qui il nome di **uso contrattuale** (1340).

Gli **usi di cui all'articolo 1374 sussistono indipendentemente da ogni prassi propriamente contrattuale**. Possono rifarsi, ad esempio, alla prassi seguita

nell'esecuzione di una data opera o di una data prestazione: sono chiamati **usi giuridici o normativi**.

Non rientra invece negli usi contrattuali né in quelli normativi, la **prassi invalsa fra due contraenti**. Essa *potrà essere, se del caso, elemento di interpretazione, ma non è elemento di integrazione*.

LE REGOLE DI OPINIONE

Il sistema che affiora esplicitamente dall'articolo **1374** come sistema integrante è l'**equità**. L'articolo **1375** prescrive poi che il contratto si esegua di **buona fede**. La **buona fede** viene ad essere una **fonte eteronoma integrativa**, alla pari con l'equità.

L'equità, la buona fede, la correttezza a cui rinvia l'articolo 1374, sono destinate al **recupero e alla rilevanza dei fattori contingenti e soggettivi che operano al livello del regolamento contrattuale**: **motivo di una parte noto all'altra**, **bisogno tipico di una parte**; **impossibilità soggettiva sopravvenuta**.

L'equità, la buona fede e la correttezza possono entrare in gioco in questi casi:

- A) **i casi in cui una parte rifiuta di rimuovere un ostacolo di per sé insignificante**, che impedisce alla controparte il godimento della prestazione, o di rimuovere un ostacolo analogo frapposto all'adempimento della controparte.
- B) I casi in cui **taluno rifiuta la cooperazione necessaria per ridurre il danno che la controparte riceve da un proprio sbaglio**.
- C) **I casi in cui taluno omette di dare alla controparte avviso di un fatto rilevante**.
- D) **I casi in cui il contraente ricusa di fornire alla controparte la documentazione relativa al rapporto obbligatorio e al suo svolgimento**.

IL CONTRATTO MISTO, IL CONTRATTO COMPLESSO

Contratti il cui contenuto è pari ai contenuti di due diversi contratti tipici.

Questi **contratti** si dicono **misti**.

Con un linguaggio un po' diverso, si chiama **complesso** il **contratto che risulta dall'unificazione di più contratti tipici presi nel loro contenuto globale** e si chiama **misto** il **contratto che risulta dalla unificazione di clausole costituenti semplici frammenti di più contratti tipici**.

A fini espositivi utilizzeremo questi termini indifferentemente.

Il contratto misto è un limpido esempio di una convenzione che, da parte sua, non rientra in nessun tipo. E quindi sarebbe un contratto innominato. Ma all'interprete non viene in mente di applicargli le sole regole contenute negli articoli 1321 - 1469 (regole generali sul contratto che bisognerebbe applicare in caso di contratto innominato).

La discussione che si svolge in merito è questa: *se applicare al contratto in questione, come fa la giurisprudenza, le regole proprie del tipo che appare prevalente nel quadro complesso o se dare retta alla dottrina e applicare le regole dell'uno e dell'altro tipo combinandole e integrandole.*

Può darsi che il **principio della prevalenza** non si confaccia, che gli elementi difformi rispetto allo schema prevalente possono essere refrattari e ribelli rispetto alla regola del contratto dominante. L'interprete dirà allora che il contratto misto è assoggettato alla disciplina del contratto prevalente, applicando per quanto necessario le norme proprie del contratto assorbito.

E se poi, per una ragione o per l'altra, l'idea stessa di assorbimento male si adatta alla situazione di specie, allora l'idea dell'appartenenza del contratto a un unico tipo si flette e si adotta una visuale atomistica del negozio che consente di *sottoporre le diverse prestazioni al regime del contratto tipico che loro più conviene.*

Laddove la prevalenza è dubbia, si potrà adottare la visuale che corrisponde alla volontà delle parti.

Tipi sociali e giurisprudenziali

La pratica degli affari, convalidata e rispettata dai tribunali, ha creato e crea una serie di **tipi di origine sociale e giurisprudenziale** che si affiancano ai tipi legali.

Ad esempio: contratto di informazione commerciale, contratto di viaggio o contratto turistico, contratto di procacciamento d'affari, merchandising, leasing.

Spesso il contratto tipizzato socialmente o giurisprudenzialmente finirà per essere ricondotto dalla stessa giurisprudenza ad un tipo legale, sicché l'appartenenza del singolo concreto contratto ad un tipo giurisprudenziale è solo un medio logico per ricondurlo al tipo legale.

La **tipizzazione** è importante perché ad essa si ricollegano i cosiddetti **naturalia negotii**, cioè quegli effetti che, pur non dipendendo direttamente dalla volontà delle parti, si reputano conseguenti ad un certo tipo di contratto, finché le parti non li abbiano esclusi.

Il naturale negotii è difficile da distaccare dal contratto cui inerisce. Infatti, *una clausola che deroga al regolamento legale del tipo finisce per imporre ad una delle parti una qualche responsabilità in più rispetto allo schema legale*

tipico, ovvero alleggerisce una delle parti da una responsabilità: si incorrerà facilmente in questo modo nella limitazione di responsabilità o nella limitazione alla facoltà di opporre eccezioni di cui all'articolo 1341. Parallelamente, il regolamento legale potrà foggare una disciplina speciale del recesso. Di qui la **necessità della forma scritta per fare salva la clausola derogatoria.**

Poiché noi siamo o non siamo in presenza di una **limitazione della responsabilità** a seconda dello schema tipico cui si confronta il singolo contratto, anche la validità o l'invalidità della clausola dipenderanno dalla qualificazione del contratto.

Colui che giudica dell'appartenenza del contratto ad un tipo giudica non solo dei suoi naturalia, ma anche della **validità delle deroghe ai naturalia.**

Il tipo non influenza solo i naturalia, ma anche una serie **conseguenze inderogabili: termini di prescrizione**, ad esempio, **risolubilità per inadempimento**, eccetera.

Per 100 ragioni può essere ingiusta o paralizzante sul piano economico una conseguenza che la legge riannoda ai contratti di un dato tipo. La scappatoia giurisprudenziale consisterà allora nel differenziare la fattispecie sotto giudizio rispetto al tipo. Il perno del ragionamento sarà nella creazione di un nome giuridico nuovo o nella proclamazione dell'atipicità del contratto.

L'inclusione di un contratto in un tipo avviene in base alla presenza o assenza dei caratteri che differenziano i vari tipi.

È stato messo in evidenza che i criteri utilizzati dal legislatore in materia sono discontinui ed eterogenei.

Talora egli caratterizza un tipo in base alla prestazione di una delle parti, senza distinguere fra contratto gratuito e contratto oneroso. Talora il tipo risente invece della gratuità o della onerosità. Talora il tipo è legato alla prestazione di una parte, ma non alla natura della controprestazione, altre volte invece il tipo è legato ad una particolare struttura di entrambe le prestazioni.

Aggiungiamo che la configurazione legale delle categorie non verte necessariamente sui contratti, ma può verte anche su clausole o in genere su contenuti che non esauriscano l'intero contratto. Ad esempio, la stipulazione a favore di terzi è caratterizzata da una clausola.

Si può ipotizzare che le **parti si scambino due prestazioni tipizzanti**: lavoro subordinato contro godimento di una cosa, costruzione di una cosa contro l'attività di trasporto. Che tipo avremo qui?

Non è detto che le norme destinate ai vari tipi contrattuali non siano applicabili in cumulo. **Le norme che regolano i contratti tipici caratterizzati dalle varie prestazioni si**

applicano non già al contratto, ma alla prestazione. **Quando vari schemi contrattuali coesistono, purché siano compatibili, i loro regolamenti operano cumulativamente, incidendo così su un'unica convenzione.**

Ritornando all'elemento che contraddistingue il tipo, esso non è sempre la vicenda di rapporto giuridico voluto dalle parti, talora è la natura litigiosa del rapporto di cui esse dispongono o l'alea artificiosamente creata dalle parti.

Altre volte prevale un criterio soggettivistico di tipo psicologico.

La qualificazione del contratto è sottratta alla volontà delle parti.

L'eventuale errore di denominazione contenuto nel testo contrattuale verrà rettificato al momento del giudizio. La qualificazione implica la soluzione di una questione di diritto e su essa è chiamata a pronunciarsi la Corte di Cassazione.

LE CATEGORIE

Una serie di norme è applicabile soltanto a taluni peculiari contratti

contraddistinti dal loro contenuto: *contratti con obbligazioni del solo proponente, da cui derivano obbligazioni solo per il proponente, a titolo gratuito, a titolo oneroso, a esecuzione continuata o periodica, con prestazioni corrispettive, aleatori a esecuzione differita, con obbligazioni di una sola parte, nel quale una sola delle parti ha assunto obbligazioni, aleatori per loro natura o per volontà delle parti.*

I generi in esame vengono indicati come **categorie** contrapposte ai **tipi**.

Gratuito non è sinonimo di liberale, **gratuito si contrappone oneroso**, **liberale si contrappone a interessato**.

Il numero di obbligazioni che nascono dal contratto nulla a che vedere con il numero di sacrifici assunti dalle parti: le due prestazioni possono dunque non essere corrispettive.

Il contraente, quindi, può incorrere a seconda dei casi: in un **sacrificio senza obbligazione**, in un'**obbligazione ma senza sacrificio**, in un'**obbligazione che comporta un sacrificio** e **può darsi che non incorra in sacrifici né in obbligazioni**.

Non è detto che l'unico modo per essere arricchito dalle prestazioni altrui consista nello stipulare. Per esempio, se io prometto 100 a chi farà una certa opera. Qui l'onerosità non dipende da uno scambio di promesse, ma solo da uno scambio di prestazioni.

Ci può dunque essere **prestazione (sacrificio) senza obbligazione**, così come ci può essere **obbligazione senza perdite**.

Alle tre categorie della ONEROSITÀ, corrispettività, bilateralità è stata quindi riconosciuta un'autonomia totale.

L'autore ritiene che *negli articoli 1333 e 1468 il legislatore abbia usato l'espressione contratto con **obbligazione a carico di una sola parte** in due significati opposti:*

- A) L'articolo **1333**, parlando di contratti con obbligazioni del solo proponente, **intende riferirsi ai sacrifici giuridici del solo proponente** (promesse di ricompensa, ecc.)
- B) All'articolo **1468**, la solita frase “contratto con obbligazioni di una sola parte” **si riferisce invece al caso in cui un solo contraente è obbligato, sia egli o non sia il soggetto di un sacrificio e siasi o meno la controparte a sua volta sobbarcata un sacrificio.**

*Non è detto nemmeno che le espressioni **a titolo gratuito** e **a titolo oneroso** abbiano lo stesso significato nei diversi articoli in cui ricorrono.*

Infatti, la gratuità non è uguale a sé stessa quando sia guardata dal punto di vista del soggetto dell'atto di disposizione e dal punto di vista del destinatario dell'atto.

Il gratuito è normalmente correlato all'idea di impoverimento, ma la correlazione sbiadisce, se il contratto è di puro fare (mandato, deposito), perché allora le risorse di tempo, di energie sacrificate dal contraente, non sono aggredibili da terzi creditori e non sono capaci di pesare in un bilancio come poste passive. **La gratuità prescinde dall'impoverimento quando era ragione di un'interpretazione benigna del contratto (1371) o di una qualche limitazione nella responsabilità del contraente.**

Quindi i termini gratuita e onerosità hanno valori relativi.

Nel caso del contratto con prestazioni corrispettive, il termine prestazione ha l'ampio significato di sacrificio giuridico, vicenda giuridica sfavorevole.

La **corrispettività** delle prestazioni sta a significare:

- A) **che ognuna delle parti si sottomette al proprio sacrificio**, vuole cioè la vicenda sfavorevole a sé, **solo a condizione che l'altra parte si sottomette a sua volta al suo proprio sacrificio**, e
- B) **che ulteriormente il sacrificio di ognuna delle due parti soddisfa un bisogno della controparte preesistente al contratto.**

Questo condizionamento reciproco provoca poi ex lege un ulteriore legame eziologico fra mancato adempimento e risoluzione. Anzi, questo legame eziologico fa

capo anche al mancato adempimento delle obbligazioni legali imposte dalla norma giuridica ad una parte (per esempio, l'obbligo imposto al conduttore di provvedere all'ordinaria manutenzione).

Con l'espressione contratto con prestazioni corrispettive, la legge implica talora la vivenza di due obbligazioni contrattuali reciproche non ancora eseguite, talora invece la vivenza di due obbligazioni reciproche non ancora eseguite la cui esecuzione era stata prevista per un momento successivo a quello della conclusione del contratto, altre volte la legge considera il contratto in sé medesimo.

La definizione di **contratto aleatorio** è stata recentemente svolta in due diversi significati, a seconda che il vantaggio e il danno si intendano come acquisto e perdita giuridica o si intendono come vantaggio e perdita economica

La linea di confine fra **alea economica** e **alea giuridica** è peraltro labile. Se pago 10.000 € oggi per avere 10.000 \$ fra due anni non c'è alea giuridica (c'è solo alea economica perché è incerto il valore del dollaro fra due anni), ma se pago 10.000 € per avere tra due anni l'equivalente in euro di 10.000 \$ c'è alea giuridica (infatti non si sa quale sarà la somma da ricevere in euro, quindi non è determinato giuridicamente l'oggetto della prestazione).

L'evento incerto può essere il risultato dell'opera di colui che ne ricaverà vantaggio senza che ciò contrasti con l'idea del contratto aleatorio (ad es. avviene così nel gioco).

Se l'evento cagionato da una parte procura alla controparte contemporaneamente un vantaggio e una perdita, il contratto non è aleatorio.

Si distingue tra un'**alea normale** e un'**alea anormale**, contro la quale la norma predispone opportuni rimedi risolutivi (1467 e seguenti).

In tema di contratti aleatori, il legislatore distingue poi un **contratto aleatorio per sua natura** e un **contratto aleatorio per volontà delle parti** (1469).

Il primo sta ad indicare quel contratto che nello schema legale del tipo comporta un'alea giuridica (rendita vitalizia). Il secondo indica il contratto appartenente ad un tipo che normalmente non comporta un'alea, ma contemporaneamente ad un sottotipo caratterizzato da una clausola che lo renda aleatorio, così ad esempio la vendita di speranza.

La rilevanza del carattere aleatorio del contratto sta essenzialmente in ciò: che *le parti, avendo accettato rispettivamente di subire l'alea o di speculare su essa, non possono poi considerare il contratto come lesionario o come eccessivamente oneroso.*

Non è limpido il motivo per cui sarebbe sottratta alla rescissione o alla risoluzione quel contratto aleatorio che sia lesionario o eccessivamente oneroso a prescindere dall'aggravio prodotto dal verificarsi dell'evento: così, ad esempio, se taluno in stato di bisogno fosse costretto a scommettere uno contro 10 anziché uno contro uno.

L'articolo **1420** statuisce che nei contratti con più di due parti in cui le prestazioni di ciascuna sono dirette al conseguimento di uno scopo comune, la nullità che colpisce il vincolo di una sola delle parti non importa nullità del contratto, salvo che la partecipazione di essa debba, secondo le circostanze, considerarsi essenziale.

Il contratto plurilaterale per eccellenza è la società. Avranno un contenuto paragonabile alla società: l'associazione, il consorzio, la costituzione di una proprietà civilistica e così via. Il contratto plurilaterale così delimitato fa parlare di uno **scopo comune** ai contraenti, il quale scopo comune connoterebbe la causa stessa del contratto.

Si conoscono per altro contratti plurilaterali anche fuori dai contratti associativi (Divisione ereditaria, sindacati).

Le parti possono costituire un fondo comune per poterlo poi assegnare ad una sola (assicurazione mutua).

Casi di rapporto trilatero.

Le parti possono assumere prestazioni a circolo chiuso.

Il contratto plurilaterale a scopo comune potrebbe sottrarsi alle regole sulle clausole vessatorie

Il contratto plurilaterale a scopo comune potrebbe essere terra di elezione del principio di parità di trattamento.

Il contratto plurilaterale a scopo comune vede una scissione particolarmente marcata fra la redazione del testo contrattuale e la dichiarazione individuale di adesione.

I CONTRATTI COLLEGATI

Serie di contratti apparentemente indipendenti, ma in realtà **gli effetti dell'uno sono collegati a quelli dell'altro.**

La nullità di uno dei **contratti collegati** porta con sé la nullità dell'altro, **salvo 1419**; e **la condizione apposta ad uno, condiziona anche l'altro**. Si applica la regola dell'interpretazione ex **1363**, e ciò implica che tutte le prestazioni poste a carico di una parte in tutti i contratti della catena siano il corrispettivo di tutte le prestazioni

poste a carico della controparte in tutti i contratti in questione. Allora *l'intera catena costituisce, dal punto di vista logico, un unico contratto.*

Quell'unico contratto sarà poi diviso in frammenti, ognuno dei quali verrà qualificato come gli conviene in termini di tipo. Il giudice accorto rifiuta di considerare gratuito l'accordo collegato con un contratto oneroso o, peggio, di considerare privo di causa l'accordo collegato con un contratto dotato di una causa.

È possibile operare delle classificazioni anche in base al soggetto del contratto, come nel caso dei contratti bancari, dei contratti di assicurazione e dei contratti del consumatore.

LE INVALIDITÀ

Viene svolto un quadro complessivo e generale delle invalidità.

Si distingue fra **CONTRATTO INVALIDO** e **CONTRATTO INEFFICACE**.

Entrambi sono incapaci di produrre effetto

Quando il contratto è nullo, sussisterebbe una divergenza fra lo stato di fatto sottoposto al giudice e lo schema della fattispecie quale configurato dal legislatore, ad esempio manca la forma, il contenuto è illegale etc. *Il contratto è inefficace invece quando è dotato di tutti i requisiti di legge, ma fa difetto di una circostanza diversa dai costituenti del negozio, esterna rispetto ad essi, cui è subordinata la produzione degli effetti*, ad esempio è inefficace il contratto condizionato se manca la condizione sospensiva o si verifica la condizione risolutiva; è inefficace il contratto che ha bisogno per essere reso operante di un atto del terzo, come un'autorizzazione o concessione da parte della pubblica amministrazione, un consenso da parte di un terzo eccetera. Secondo l'autore la distinzione fra validità ed efficacia è in certa misura arbitraria.

L'espressione inefficacia viene usata anche in senso più lato, indicando genericamente un contratto privo di effetti. E rispetto a questo valore del lemma, la nullità e l'inefficacia in senso stretto costituiscono le due sottocategorie dell'inefficacia in senso lato. **L'inefficacia** in entrambi i significati illustrati può essere **relativa** (solo il legittimato può farla valere) o **assoluta** (ogni interessato può invocarla).

*Secondo l'autore la distinzione fra **contratto valido generatore di azione per l'adempimento per l'interesse positivo** e **contratto nullo generatore tutt'al più di un'azione per l'interesse negativo, copre male alcune ipotesi.***

Si pensi ai **contratti gratuiti informali**, prendendo ad esempio il **comodato e il mandato gratuiti**.

Il mandante, dopo aver consegnato la cosa, la può richiedere quando vuole. Se anche un termine è stato convenuto, il comodante può richiedere la cosa se ne ha bisogno. La promessa del comodante che non abbia pattuito un termine non vale a legarlo prima che sia intervenuta la dazione e anche dopo tale data non si può dire che egli sia vincolato. **L'obbligo di restituzione posto a carico del comodatario sussisterebbe anche se il contratto fosse nullo, poiché nel caso considerato l'obbligo deriverebbe dai principi relativi alla acceptio indebiti.**

Nel mandato gratuito il mandante revoca il mandato quando vuole. Quanto agli obblighi del mandatario, il codice offre all'obligato la possibilità di estinguere il rapporto per rinuncia, salvo i danni, la tempestività dell'avviso e il periculum in mora. **Il mandatario quindi è obbligato, ma con facoltà di liberarsi con un atto potestativo. I danni che egli dovrà pagare paiono quantificarsi nel limite del mero interesse negativo.** Si può dunque dire che il vinculum imposto al mandatario non consiste tanto nel fare quanto nel noi ingannare il mandante creando o lasciando in vita affidamenti illusori. Certo, se il mandatario fa, ha l'obbligo di fare bene. Ma l'obbligo di fare con diligenza se da una parte ravvicina il mandatario all'obligato ex contractu, lo avvicina ad un tempo ed in modo anche più significativo al gestore di affari altrui. Parte degli obblighi del mandatario nascono perché egli ha gestito e non perché ha contratto, mentre le obbligazioni derivanti propriamente da contratto sono condizionate al permanere della volontà di adempiere.

È evidente quindi come nel caso del comodato gratuito e del deposito gratuito gli effetti, sia che tali contratti fossero validi, sia che siano nulli, paiono uguali: restituzioni e interesse negativo

DICOTOMIA FRA NULLITÀ ED ANNULLABILITÀ. Il legislatore la contraddice con l'articolo **1441**, secondo comma. **Anche la prescrittibilità non discrimina così tanto:** *Il potere di chiedere l'annullamento incomincia a prescrivere solo quando il contratto viene eseguito. Il potere di agire in nullità crolla per mancanza di interesse, quando data esecuzione al contratto, le azioni restitutorie siano prescritte e le azioni persecutorie siano paralizzate dalle usucapioni.*

Molti contratti nulli possono essere sanati.

Anche la distinzione fra la RILEVABILITÀ D'UFFICIO dal giudice della nullità o non rilevabilità dell'annullabilità viene scalfita da leggi complementari.

Come la figura contemplata nella **legge sul diritto d'autore**, nell'ambito del quale la pronuncia di nullità potrebbe anche danneggiare la parte che la legge ha voluto

proteggere e, pertanto, sulla scorta della dottrina riserva solo al contraente protetto il potere di far valere l'invalidità

Ciò integra la figura della **nullità relativa** che opererebbe ipso iure, nel senso che la stessa pronuncia sarebbe dichiarativa, ma il **giudice potrebbe rilevarla solo ad istanza del legittimato**. L'invalidità in esame è imprescrittibile e il negozio non è passibile di convalida e partecipa di ogni altro carattere della nullità.

Secondo l'**articolo 36, numero 3 del codice del consumo**, l'inefficacia opera soltanto a vantaggio del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. Siamo in presenza di una **NULLITÀ RELATIVA DI PROTEZIONE**: **la può invocare la parte protetta, non può invocarla la controparte. Il giudice la può pronunciare di iniziativa nell'interesse della parte protetta.**

Può avvenire che il promittente abbia interesse a esperire l'azione di annullamento di un contratto nullo. Il tale contratto è simulato e la nullità non è opponibile al terzo di buona fede. Il promittente vuole peraltro l'annullamento della sua dichiarazione, assumendo di aver subito una violenza. La sua difesa è fondata. Che senso ha chiedere l'annullamento al posto della nullità? Con la nullità per simulazione l'interesse del terzo in buona fede sarebbe protetto (1415 cc), mentre con l'annullabilità per violenza la sentenza travolgerebbe il diritto del terzo.

Leggi che sanzionano con la nullità accordi fra imprese che pregiudicano la concorrenza o per protezione del contraente fragile.

Queste norme consentono al **contraente sprovveduto il pentimento** che si esprime con una dichiarazione che la legge chiama **recesso**; dispongono che le parti rendano noto il loro accordo ad un'**autorità** la cui decisione disporrà se il contratto è valido o nullo o prevedono che l'autorità possa impugnare il contratto.

Allora possiamo parlare di **validità sospesa** quando il contraente, **concluso il contratto fuori dai locali del commerciante o in altra ipotesi regolata in modo simile, può efficacemente pentirsi**; **quando un'autorità ha il potere di cancellare l'accordo**; quando l'accordo è definito dal diritto come nullo o altrimenti invalido o inefficace, ma la sua concreta **cancellazione dipende da qualche invocazione giudiziale o stragiudiziale con cui il contraente legittimato fa valere la protezione**; quando il contraente ha il potere di sollecitare dal giudice la cancellazione dell'accordo.

Serie di **norme**, ognuna delle quali, **dopo aver chiamato espressamente nullo questo o quell'atto, gli riconnette effetti vari**. Possiamo quindi parlare di **CONTRATTI NULLI PRODUTTIVI DI EFFETTI**. Un primo esempio di atto nullo rilevante ci è offerto dalla

donazione nulla che, come la **disposizione testamentaria nulla**, è suscettibile di **sanatoria mediante conferma e mediante esecuzione**. I nostri tribunali finiscono poi per ammettere la sanatoria quando la volontà del defunto è esistita e per non ammetterla nel caso contrario. *La fattispecie che dà luogo alla possibilità della sanatoria è dunque la volontà del donante o del testatore* e la sanatoria supplisce, vuoi al difetto di forma, vuoi in via di massima, alla violazione dei limiti posti della legge, all'autonomia negoziale del testatore.

Art. 1338. La responsabilità di chi conclude il contratto nullo si fonda sull'inganno, sull'affidamento comunque creato inteso come res facti, e non invece sull'esistenza di un contratto in senso tecnico inficiato da specifiche cause di nullità.

Un altro caso di negozio nullo produttivo di effetti è regolato dall'articolo **2126** (prestazione del lavoratore in presenza di contratto nullo o annullabile).

Il **2332** dispone in tema di **società personificate** e crea un certo numero di **cause di nullità, privilegiate o non privilegiate**

L'analisi comparativa degli atti nulli non inesistenti è utile al sistema perché consente di discriminare la ragione ultima del riconoscimento giuridico dei vari gruppi di negozi: il rispetto del volere negli atti gratuiti o di ultima volontà, l'affidamento creato nelle promesse interessate e nella circolazione giuridica; l'esigenza della giusta retribuzione in talune relazioni sociali tipiche.

Gioco e scommessa sono considerati contratti validi e producono soltanto la soluti retentio. Il contratto con causa illecita è nullo e produce soltanto la soluti retentio.

La donazione nulla eseguita dopo la morte del donante vale a trasferire la proprietà nonostante il vizio di forma del negozio.

La donazione priva di forma è nulla e la sua esecuzione ha caratteri di sanatoria e convalida. In altri casi l'esecuzione è rappresentata, anziché come sanatoria, come momento integrante e perfezionativo della fattispecie negoziale: in tema di donazione informale di modico valore, non si suol dire che la consegna sani la nullità della promessa, ma si ripete la formula del codice secondo cui la donazione è valida, purché vi sia stata la tradizione.

Negozio nullo soggetto a sanatoria, negozio nullo capace però di produrre la soluti retentio; negozio valido con effetto limitato alla soluti retentio; negozio valido costante di una dichiarazione seguita da traditio. Ecco quattro formule diverse utilizzate comunemente per classificare quattro fattispecie strutturate in modo uguale e produttive di effetti uguali.

LA NULLITÀ PARZIALE

1419

La giurisprudenza subordina la **dichiarazione di nullità totale** alla richiesta della parte interessata.

La nullità si può trasferire da un contratto all'altro come nel caso dei contratti collegati.

La giurisprudenza si dà carico dell'arricchimento causato dalla caduta della clausola e non disdegna, all'occorrenza, un'ortopedia contrattuale.

LA CONVERSIONE DEL CONTRATTO NULLO

1424

L'interpretazione sottopone la dichiarazione degli effetti convertiti ad una specifica domanda della parte interessata.

LA SOSTITUZIONE COATTIVA DEGLI EFFETTI

1339 e 1419 secondo comma

IL GIUDIZIO DI NULLITÀ

1421: la nullità può essere fatta valere da chiunque vi ha interesse e PUÒ ESSERE RILEVATA D'UFFICIO DAL GIUDICE.

Il giudice dovrebbe rilevare sempre la causa di nullità.

In difetto di una formale domanda, il giudice non può, ad avviso dell'autore, pronunciare la nullità di un contratto. Può e deve rilevarla, ma solo incidentalmente. Il giudicato si formerà sulla domanda proposta dalle parti.

Le nostre corti non praticano la rilevazione incidentale della nullità.

E la giurisprudenza dice che *la nullità può essere rilevata d'ufficio anche in Cassazione, quando l'accertamento non implichi indagini di fatto.*

Giurisprudenza: **il giudice può rilevare d'ufficio la nullità del contratto solo se in giudizio è chiesta la declaratoria di nullità o l'applicazione del contratto e non può farlo in un giudizio di risoluzione o di annullamento, o vertente su un recesso.**

Promosso un giudizio volto ad ottenere la **pronuncia di nullità per una data ragione**, non sarebbe possibile dichiarare la nullità per una causa di nullità diversa.

Non potrebbe rilevarsi nullità se il giudice di merito ha escluso quella causa di nullità e sul punto non è stato proposto gravame.

Ogni interessato può agire e far rilevare la nullità di un atto. È interessato non solo il **contraente originario**, ma *anche il **terzo minacciato dall'apparenza creata dal contratto nullo e dai danni conseguenti***.

Per quanto riguarda il **LEGITTIMATO PASSIVO**, se concepiamo il giudizio di nullità come proteso alla creazione di un giudicato che impedisca per sempre a chicchessia di ritornare sulla questione, allora dovremmo dire che il giudizio di nullità deve svolgersi nei confronti di **tutte le parti originarie del contratto**. Se invece concepiamo il rilevamento della nullità come uno strumento per difendere posizioni giuridiche offese dall'atto nullo, il giudizio relativo dovrà svolgersi nei confronti dei **soggetti interessati e controinteressati alla difesa di quella posizione, escludendosi peraltro che un giudizio siffatto faccia stato nei confronti delle persone assenti**. Secondo la concezione dell'autore, per cui **il rilevamento di nullità può servire tanto all'uno quanto all'altro dei due scopi ora indicati**, la diversa natura dei due rilevamenti viene ad incidere sulla necessità o meno di integrare il giudizio nei confronti di tutti coloro che furono parti del negozio.

La **DOMANDA DI ANNULLAMENTO** spetta al soggetto nel cui interesse è stabilita.

Trattamento della **parte soggettivamente complessa** e posizione dell'avente causa del legittimato originario: *chi è membro di una parte complessa può chiedere l'annullamento del contratto finché non si parli di parte complessa per indicare invece il gruppo collettivo* (sociale associativo condominiale), considerato dalla legge come tale. L'annullamento travolge gli effetti del consenso di quel soggetto. Il contratto produrrà gli effetti che può produrre senza quel consenso. Sarà nullo parzialmente in altri casi.

Il successore a titolo universale, può esperire le azioni di annullamento.

Anche l'azione di rescissione è affidata al solo legittimato. Si può estendere la legittimazione all'erede, al semplice coerede, al successore a titolo particolare.

Le pronunce di annullamento e rescissione sono costitutive.

La sentenza elimina con forza di giudicato gli effetti del contratto. **Un annullamento incidentale o una rescissione incidentale non sarebbero pensabili. I giudizi devono quindi svolgersi nei confronti di tutti coloro che furono parte del contratto.**

Una giurisprudenza ha introdotto l'idea di una **pronuncia di annullabilità che paralizza l'efficacia del contratto senza che l'annullamento venga pronunciato.**

L'azione di annullamento si prescrive in **5 anni** (1442), quella di rescissione si prescrive in **1 anno** (1449), **salva l'applicazione dell'articolo 2947 quando l'abuso costituisca reato**. L'articolo 1442, quarto comma, dispone che **l'annullabilità può**

essere opposta da chi è convenuto per l'esecuzione del contratto senza limiti di tempo. L'articolo 1449, secondo comma, dispone invece che **la rescindibilità del contratto non può essere opposta in via di eccezione quando l'azione è prescritta.**

I termini per la prescrizione decorrono normalmente dal momento della **conclusione del contratto.** Trattandosi di annullabilità per vizi del consenso e incapacità legale il termine decorre però **dal momento in cui cessa la circostanza che dà luogo al vizio** (1442). Spetta però a chi agisce per l'annullamento provare che la scoperta degli errori o del dolo, la cessazione della violenza e così via furono posteriori e di quanto alla conclusione del contratto.

Il vizio posto alla base della domanda costituisce la **causa petendi**, il giudizio è perciò limitato a quel vizio, il giudicato si forma su quel solo vizio. **La sentenza ha effetto retroattivo.** Ciò incide sull'efficacia degli atti di disposizione compiuti **medio tempore.** Se è intervenuta l'esecuzione seguiranno le **restituzioni**, alla stregua delle regole sulla **ripetizione** e sull'**arricchimento.** L'articolo 1443 precisa che se il contratto è **ANNULLATO PER INCAPACITÀ DI UNO DEI CONTRAENTI**, questi non è tenuto a restituire all'altro la prestazione ricevuta, se non nei limiti in cui è stata rivolta a suo vantaggio. **La sentenza di annullamento è opponibile anche ai terzi.** Se però dipende da un vizio diverso dall'incapacità legale, non pregiudica i **diritti acquistati in buona fede a titolo oneroso, salvi i principi della trascrizione.** Il titolo deve essere provato dal terzo. La buona fede si presume. **La rescissione del contratto non pregiudica i diritti acquistati dai terzi, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di rescissione.**

IL RECUPERO DEL CONTRATTO NULLO

Due modi:

- 1) Una figura di **negozio confermativo di un contratto nullo**: conferma della donazione nulla ex **799 cc.**
- 2) Serie di **atti non negoziali capaci di sanare il contratto nullo**:
l'esecuzione della donazione nulla, l'adempimento dell'obbligazione contrattuale naturale, la consegna che segue la convenzione di mutuo gratuito, comodato, deposito gratuito, donazione mobiliare di modico valore;
l'esecuzione del contratto nullo perché carente della forma convenzionale.

LA CONVALIDA DEL CONTRATTO ANNULLABILE

1444 cc. Due tipi di **convalida**: **espresa** e **tacita.**

La **convalida espressa** deve avere dei *requisiti formali* in senso lato: deve contenere la *dichiarazione della volontà di convalidare* e la *menzione specifica del contratto* e del motivo o dei *motivi di annullabilità*.

Il contratto rescindibile non può essere convalidato (1451), **tuttavia il contraente leso può conferire efficacia definitiva al contratto astenendosi per un anno dell'impugnativa.**

Il giudizio di rescissione contiene in sé il giudizio di riconduzione

ad equità. La quantificazione della prestazione necessaria a ricondurre il contratto ad equità potrà dar luogo ad un accertamento bilaterale. Una volta ammesso l'accertamento convenzionale del quanto occorrente per riportare il contratto ad equità, sarà poi difficile impedire la transazione sul quanto. Una volta ammessa la transazione sul quanto dovuto in sede di riconduzione ad equità, non è possibile proscrivere la transazione sull'an debeat, cioè sull'esistenza di un onere di riconduzione del contratto ad equità.

Ma la transazione sull'onere è semplicemente una convalida convenzionale a titolo oneroso.

Se c'è **errore di calcolo** opera la **rettifica**, tranne che, concretandosi in errore sulla quantità sia stato determinante del consenso. **Se c'è errore in senso più stretto, la parte in errore non può domandare l'annullamento del contratto se prima che ad essa possa derivarne pregiudizio, l'altra offre di eseguirlo in modo conforme al contenuto e alle modalità del contratto che quella intendeva concludere.** **Estendibilità dell'applicazione analogica dell'articolo 1432 ai vizi diversi dall'errore:** le regole generali di equità e buona fede suggeriscono di ammettere che in certi casi limite osti a chi chiede l'annullamento per causa diversa dell'errore e rifiuti la correzione, un'eccezione di dolo.

Il 1432 si applica ad errore vizio, errore ostativo ed anche errore sull'identità.

I contratti rescindibili possono subire anch'essi un'ortopedia ad iniziativa del soggetto contro cui la rescissione viene chiesta. Sia l'**offerta di riduzione ad equità** che l'**OFFERTA DI RETTIFICA** producono effetti sostanziali, alterano il contratto e precludono la domanda di annullamento o di rescissione. **La sentenza che pronuncia dopo di esse ha carattere dichiarativo.**

Le offerte non hanno bisogno di accettazione.

L'offerta può essere formulata senza precisi limiti di tempo. **L'unica preclusione in materia di offerta di riduzione ad equità è data dal passaggio in giudicato della sentenza**

che pronuncia la rescissione. In materia di rettifica, l'articolo 1432 preclude l'offerta se ormai la parte in errore ha subito pregiudizio.

Ci si chiede se la **riconduzione di equità** debba essere una vera riconduzione di equità o semplicemente basta che riporti sotto la metà la lesione e se deve eliminare la lesione al momento in cui essa si è creata o nel momento in cui viene proposta l'azione. Allora il primo problema si risolve considerando che **la legge impone all'offerente una vera riduzione di equità**, il secondo si risolve **imponendo dall'offerente una prestazione supplementare che elimini la sproporzione nel momento in cui la prestazione stessa viene effettuata.**

ART. 1338

Art. 1338, come 1337 è specificazione di art. 2043.

Con ciò non si vuole dire che la responsabilità in esame debba essere considerata aquiliana a tutti i fini, ai fini cioè delle responsabilità indirette, dell'imputabilità e così via. **Rientra nella fattispecie l'idea di avere confidato nella validità di un contratto e la responsabilità sarà sempre parametrata all'affidamento e alle aspettative che può ingenerare una dichiarazione contrattuale.**

Per quanto riguarda il **minore**, **la scriminante che lo esonera dall'osservanza del contratto lo esonererà altresì dalla responsabilità per aver contratto.**

La pubblica amministrazione è soggetta alla responsabilità di cui all'articolo 1338.

Concluso il contratto nullo, la conclusione viene imputata alla persona giuridica, che, come tale, diventa responsabile delle conseguenze.

La fattispecie consta di un contratto invalido, della colpa del convenuto e dell'inconsapevolezza dell'attore.

*La giurisprudenza ha individuato una serie di **cause di nullità più forti delle altre**, incompatibili con la tutela del contraente che si è affidato. La causa di nullità ha questo carattere esaltato qualora il contenuto del contratto cozzasse con una norma imperativa o con una regola che impone la forma scritta o con una generica norma invalidante.*

Il contratto invalido, secondo l'articolo 1338, è l'accordo che non produce effetto. Normalmente non si distingue fra contratto nullo e contratto inefficace. **Tuttavia, la giurisprudenza solleva il contraente da ogni responsabilità quando l'esecuzione del contratto presuppone una licenza, adducendo che, in tal caso, il rilascio della licenza sarebbe una condicio iuris influente sull'efficacia e non sulla validità del contratto.**

La giurisprudenza ha discriminato particolari cause di nullità rispetto alle altre.

In tante occasioni la **giurisprudenza ha accolto domande di danni provenienti da soggetti che non ignoravano la norma che invalida la promessa**. Secondo l'autore l'ineroperatività giuridica della promessa, quand'anche nota ed evidente, non è di impedimento ad una responsabilità quando il promissario abbia confidato nella prestazione.

Le eccezioni previste per il caso di un contratto contrario ad una legge sono cause di nullità esaltate, tali da distruggere, insieme alla validità della promessa, ogni forma di protezione dell'affidamento.

Il soggetto trovato in colpa deve **RISARCIRE ALLA CONTROPARTE I DANNI**, nel **limite dell'INTERESSE NEGATIVO** comprendente danno emergente e lucro cessante. Per quanto riguarda l'ammontare massimo del danno risarcibile, normalmente si insegna che esso può anche raggiungere, ma non può mai superare la misura dell'interesse negativo.

LA RISOLUZIONE PER INADEMPIMENTO

1453 – 1459

Non è chiaro se il patto possa escludere la **risoluzione**.

Le parti possono ricollegare la risoluzione alla frustrazione delle ragioni del creditore anche fuori dall'art.1453, come ci conferma il **1456**.

La risoluzione più semplice opera travolgendo tutti gli effetti del negozio, ma è possibile anche una **RISOLUZIONE PARZIALE** del contratto.

Quando si applica il rimedio della risolubilità.

Il **rapporto** tra le parti deve essere **contrattuale**. Se obblighi fra le parti sono istituiti ex lege, la violazione dell'uno non giustifica l'eliminazione dell'altro.

Il riferimento dell'articolo 1453 alle prestazioni corrispettive non indica di per sé che gli **effetti** del contratto siano **obbligatori**. Prestazione indica in modo generico **qualsiasi sacrificio patrimoniale**: chi aliena un fondo contro promessa di pagamento del prezzo può ottenere, in caso di mancato pagamento, la risoluzione del contratto. Sebbene qui non sia intervenuta un'assunzione di obbligazioni reciproche, **il riferimento al contraente che non adempie le sue obbligazioni sembrerebbe però comportare una limitazione per cui la risoluzione opera solo contro il contraente che abbia assunto obbligazioni o prestato la garanzia di un risultato**. Il problema diventa importante quando le parti convengono la costituzione di servitù o limitazione di proprietà e poi il titolare della proprietà gravata viola i doveri negativi o positivi nascenti della servitù o dalla limitazione o viola una un'obbligazione propter rem accessoria alla servitù. Se un

inadempimento di tali doveri desse luogo alla risoluzione, avremmo una perpetuazione della risolvibilità del contratto, senza limiti effettivi di tempo e fuori del caso del contratto ad esecuzione continuata o periodica.

I **contratti di tipo associativo sono risolvibili**, come gli altri. Anche il **contratto risolutorio può essere risolto**. È **risolvibile il contratto modificativo**.

Può risolvere il contratto, o chiederne giudizialmente la risoluzione, il contraente che ha subito gli effetti dell'inadempimento. Una volta che la risoluzione è stata promossa e ottenuta dal legittimato, ognuno può poi invocarne gli effetti.

Nel **CASO DI CONTRATTO A FAVORE DI TERZO**, il favorito non avrà interesse a chiedere la risoluzione perché l'**interesse alla liberazione appartiene allo stipulante**. Ma lo stipulante non può chiedere (senza il consenso del favorito) una risoluzione che comprometterebbe le ragioni oramai irrevocabili del favorito.

La stessa cosa vale per il terzo, cui il contraente non inadempiente abbia ceduto il credito.

Questione relativa alla **parte soggettivamente complessa**. L'unica tesi accoglibile è quella che si basa sulla considerazione che **chi è parte in un contratto ha un diritto indipendente all'adempimento altrui**. **Finché il suo diritto al buon fine del contratto non venga travolto dalla sua propria inadempienza, la volontà di un altro contraente o di un coerede non può pregiudicare il suo credito sostituendolo con una liberazione o con un diritto alla restituzione**. Perciò, **se il contratto non produce effetti divisibili, solo il consenso unanime dei legittimati potrà risolvere il contratto o chiederne la risoluzione**.

Una tesi dice che l'attore in risoluzione deve provare l'inadempimento. **Questo processo logico non soddisfa**. È **opinione comune, che la fattispecie che dà luogo al dovere di adempiere è costituita dal contratto e dalle circostanze che rendono liquida ed esigibile la prestazione**. **Provando la fattispecie, il creditore ha diritto di ottenere una sentenza di condanna**. La giurisprudenza sembra intendere per fatto costitutivo dell'inadempienza l'obbligo che si assume inadempito finché il convenuto non provi l'adempimento. Naturalmente, così come avviene in un giudizio di adempimento, **toccherà a chi ha ricevuto la prestazione provarne la difformità rispetto a quella dovuta**. Pare pacifico che non occorre la prova dell'imputabilità dell'inadempimento o della colpa. La prova liberatoria incombe del caso al convenuto.

EFFETTI DELLA RISOLUZIONE

1458 cc

Se il contratto comportava **prestazioni istantanee** la risoluzione opera **RETROATTIVAMENTE** fra le parti, così eliminando gli effetti della convenzione. Ne seguirà che le prestazioni già effettuate saranno sine causa e daranno luogo a **ripetizioni di indebito** o **restituzioni di arricchimento**, salvo le eventuali **ragioni di danno**. Sono applicabili quindi, le norme che il legislatore ha dettato in tema di ripetizione e di arricchimento (**2033 e seguenti**). Alcuni preferiscono stralciare dalla comune ripetizione dell'indebito la restituzione dovuta a caducazione del contratto, la quale ha bisogno di regole proprie in tema di buona e mala fede, prescrizione, opponibilità ai terzi, rischio per il perimento della cosa

Può agire in risoluzione colui che non può restituire la prestazione ricevuta.

Le restituzioni, infatti, sono un effetto e non un presupposto della risoluzione. Se la prestazione che dà luogo alla restituzione è un pagamento, il debito restitutorio comporta il pagamento del tantumdem è dunque un **debito di valuta**, salvi i problemi di risarcimento.

Per quanto riguarda i **contratti ad esecuzione continuata e periodica** (la risoluzione non si applica alle prestazioni già eseguite), secondo l'autore il creditore deve essere arbitro di chiedere la risoluzione dal momento dell'inadempimento o a sua scelta dal momento della domanda.

La dichiarazione o la domanda giudiziale di risoluzione implica la rinuncia allo scambio delle prestazioni, ma non la rinuncia al lucro che il contratto autorizzava a sperare.

Il non adempimento di cui all'articolo 1453 si estende alla lettera a tutta la area in cui l'adempimento manca ed è perciò comprensivo dell'ipotesi del **mancato adempimento incolpevole**. Tuttavia, la Corte di Cassazione rinvia ad una serie di giustificazioni tipiche, per esempio, il creditore non ha notificato al debitore il mutamento dell'indirizzo.

L' **inadempimento non è rilevante se non è grave**. Il giudice constatato l'inadempimento deve d'ufficio valutarne l'importanza e motivare in merito.

La giurisprudenza valuta la gravità dell'inadempimento, parlando di inadempimento tale da lasciar ritenere che la parte offesa, se l'avesse previsto, non avrebbe stipulato.

Il fondamento della risoluzione si identifica con l'errore di previsione del contraente offeso.

All'inadempimento, si deve equiparare la dichiarazione o la minaccia di non voler adempiere rese prima della scadenza

Ritardo. Non sarà sempre causa di risoluzione. Un ritardo esiguo sarà inadempienza di scarsa importanza. Se c'è un ritardo intollerabile che giustificerebbe la risoluzione,

può il debitore eliminare gli effetti adempiendo? il creditore che voglia avvalersi del ritardo per liberarsi dal contratto deve dirlo prontamente.

Il creditore può rifiutare la prestazione tardiva e agire in seguito per la risoluzione.

La **costituzione in mora** può avere effetti sostanziali di vario genere: se l'**obbligazione non comportava un termine**, la costituzione in mora è necessaria perché si possa parlare di inadempimento. **In difetto varrà come costituzione in mora la citazione.**

Cosa succede se l'*inadempimento consistente nel ritardo non è grave nel momento della domanda e diventa grave per effetto del decorso del tempo successivo*? **Proposta la domanda di risoluzione, essa cristallizza la situazione su cui il giudice deve pronunciarsi e il ritardo, se non è ancora grave, non lo diventa con l'ulteriore decorso del tempo.** Se nel momento della proposizione della domanda in ritardo è lieve e il debitore adempie, la domanda di risoluzione deve essere respinta e il debitore è liberato.

Inadempienza reciproca. Per giurisprudenza, valutazione comparativa di inadempienza, **il giudice deve accertare quale di esse sia prevalente sull'altra, così da giustificarla.** In caso di inadempimenti reciproci di pari gravità, il giudice deve trovare una soluzione che tratti le parti in ugual modo.

IL GIUDIZIO DI RISOLUZIONE

Il **giudizio di risoluzione** si deve svolgere nei confronti di **coloro che furono parte nel contratto**, perché gli effetti domandati coinvolgono l'intero contratto.

La pronuncia di risoluzione per inadempimento presuppone una domanda specifica.

Il diritto di agire è imprescrittibile perché è un rimedio e come tutti i rimedi è esperibile finché è in atto la situazione illecita cui deve rimediare.

L'azione si fonda su un **dato fatto**, causa petendi rispetto a quel giudizio.

L'evocazione di fatti diversi vale mutazione della domanda.

L'articolo 1453, secondo comma, dispone che **la risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento.** E statuisce anche che **non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione.**

La domanda di risoluzione, una volta proposta, preclude ogni rinuncia o desistenza dell'attore, salvo che il convenuto non lo autorizzi a questo cambiamento di idee.

L'esercizio stragiudiziale del diritto di risoluzione non perfeziona, nel nostro diritto, la fattispecie risolutoria di cui all'articolo 1453, ma la buona fede non sopporta che il creditore muti parere quante volte gli piaccia e agisca in fine per l'adempimento.

Il contratto è reso inefficace dall'atto della parte e non del giudice, nel senso che **il contraente che lo ha disdetto non può più invocarlo.**

L'attore può chiedere la **risoluzione in via principale** e la **condanna all'esecuzione in subordine.**

La **domanda di risoluzione può sostituire la domanda rivolta all'adempimento** durante tutto il giudizio di primo grado e anche in fase di appello e di rinvio.

Se il contraente vittima di inadempimento preferisce agire di autorità propria, gliene offre il mezzo l'articolo 1454, che prevede la risoluzione come effetto di una **DIFFIDA AD ADEMPIERE ENTRO UN TERMINE**, e la contestuale dichiarazione di risoluzione. La diffida fornisce dunque al creditore (in mancanza di clausola risolutiva espressa o di termine essenziale) un mezzo per risolvere il contratto senza ricorrere al giudice. Il creditore preferirà ricorrere al giudice perché **la citazione preclude, a differenza della diffida, la prestazione tardiva. La diffida contiene invece necessariamente una remissione in termini del debitore** per un periodo che di massima non sarà inferiore a 15 giorni. La **diffida** è un **negozio unilaterale irrevocabile, recettizio**. Risponde a requisiti di forma e di contenuto. Il termine assegnato al debitore deve essere espresso nettamente. La comminatoria della risoluzione deve essere specifica. Diffida e inadempimento dovrebbero produrre di per sé l'effetto risolutorio, ma la giurisprudenza subordina l'effetto risolutorio ad un'ultima scelta del contraente innocente.

LA CLAUSOLA RISOLUTIVA ESPRESSA

LA CLAUSOLA DEVE ESSERE ESPRESSA. Non occorre che sia sottoposta a specifica approvazione per iscritto ex 1341. **La clausola deve contenere i riferimenti specifici alle obbligazioni la cui violazione produrrà la risoluzione.** Se è estesa a tutte le obbligazioni poste dal contratto a carico di una parte genericamente indicate, si intende come clausola di stile e si ha per non apposta.

Per effetto della clausola, **sarà irrilevante la maggiore o minore gravità dell'inadempimento.** La nostra giurisprudenza inserisce l'**imputabilità dell'inadempimento** nelle circostanze rilevanti, anche ai fini della risoluzione a mezzo clausola. Ma qui si tratta di una questione di volontà, **il giudice dovrebbe accertare se le parti con la clausola si sono riferiti al mancato adempimento oggettivo o alla violazione colposa.**

La clausola opera solo se non rinunciata. L'inadempimento è tale solo in quanto non consentito ed è rilevante solo in quanto non tollerato. Il creditore potrà sempre por termine allo stato di tolleranza con un'adatta dichiarazione.

Alla clausola e all'inadempimento deve succedere, perché la risoluzione si compia, la dichiarazione del creditore.

La dichiarazione è necessaria non solo per produrre la risoluzione, ma anche per precludere l'adempimento tardivo.

La **dichiarazione è un atto recettizio**, non è soggetta a vincoli di forma e può persino risultare implicitamente da un atto, ad esempio la citazione.

Secondo la giurisprudenza, la parte che ha risolto non può far valere l'avvenuta risoluzione se ha posto in essere comportamenti incompatibili con essa.

IL TERMINE ESSENZIALE

La risoluzione interviene senza opera del giudice in un ultimo caso: quando scade infruttuosamente il **termine essenziale** fissato per l'adempimento.

L'essentialità può essere **PATTIZIA** (statuita dalle parti) o **RISULTARE DALLE CIRCOSTANZE**. Il termine essenziale deve essere individuato in modo preciso, il patto non ha bisogno né di forme speciali né di formule sacramentali. Comunque, l'essentialità del termine non si presume. **Quando sussistono la clausola, l'inadempimento e la dichiarazione, la fattispecie è perfetta.**

Verificatosi il ritardo, ogni giudizio sulla gravità dell'inadempimento sarà superfluo. Mentre occorrerà discriminare il caso del **RITARDO INCOLPEVOLE** che non darà luogo all'applicazione dell'articolo 1457.

Scaduto inutilmente il termine, il creditore può ancora, entro tre giorni dalla scadenza, **esigere l'adempimento** dandone notizia alla controparte. Di fatto, poi avviene talora che nel diritto applicato si ammetta il contraente non inadempiente a reclamare l'esecuzione anche dopo questa ulteriore scadenza. Comunque, si ammette che il contraente inadempiente possa invocare la rinuncia implicita del creditore alla clausola e si proibisce al giudice di dichiarare la risoluzione di diritto in difetto di eccezione di parte.

LE ECCEZIONI DILATORIE

1460 – 1461

I due articoli citati legittimano la **dilazione temporanea della prestazione di un contraente**. Contraente come parte di un contratto. Le **prestazioni** devono essere **corrispettive**.

La risoluzione per inadempimento tende a distruggere il rapporto contrattuale. Le eccezioni dilatorie mirano a rafforzarlo, garantendo l'obbligazione mal sicura.

I due rimedi dilatori non possono competere contemporaneamente allo stesso contraente: **l'eccezione di inadempimento (1460) compete al contraente che non sia chiamato ad adempiere per primo (prestazione coeva o successiva). La sospensione di cui all'articolo 1461 è accordata al contraente che debba adempiere per primo.**

L'articolo 1460 esclude la legittimazione all'eccezione di inadempimento quando l'altro contraente offre di adempiere contemporaneamente o benefici di un termine più lato di quello dell'agente. La dottrina trova ovvio che, per un'analogia a fortiori, il contraente la cui prestazione sia prevista come posteriore disponga delle difese che spettano al contraente la cui prestazione sia prevista come contemporanea.

Per quanto riguarda l'articolo **1461**, è chiaro che **solo il contraente che è chiamato ad adempiere per primo può avvalersi della sospensione prevista dall'articolo 1461.**

L'articolo **1461 soccorre dunque il contraente chiamato ad adempiere per primo**, l'articolo **1460 al contraente chiamato a una prestazione coeva o successiva a quella della controparte.**

L'ECCEZIONE DI INADEMPIMENTO

Il potere di rifiuto previsto dall'art.1460 può esercitarsi indifferentemente di fronte a una domanda di adempimento o di fronte ad una domanda di risoluzione.

Se esercitato in modo legittimo, **assicura al debitore l'immunità da ogni responsabilità per danni.**

Secondo l'autore bisogna interpretare l'articolo 1460, nel senso che **il mancato adempimento preclude automaticamente al contraente inadempiente la possibilità di chiedere la controprestazione, sicché il giudice, quando l'inadempimento risulti dagli atti, dovrà dichiarare legittimo il comportamento della controparte.**

La nostra giurisprudenza non subordina l'esercizio del **POTERE DI RIFIUTO** a nessuna rigida formalità preventiva: è solo dovuta una **comunicazione senza la quale la condotta del debitore sarebbe contraria alla buona fede**. Peraltro, subordina la giustificazione del debitore convenuto all'invocazione in caso di giudizio del rimedio. **Essa fa della difesa in esame un'ECCEZIONE in senso sostanziale** e ricava le

conseguenze che la premessa comporta: **il giudice non può applicarla d'ufficio, non può farsi valere per la prima volta in Cassazione, proposta dall'attore domanda di risoluzione per inadempimento, la valutazione comparativa della condotta delle parti è preclusa al giudice se il convenuto non solleva l'eccezione di inadempimento.**

Si vuole che l'eccezione sia sollevata dall'onere di provare l'inadempimento dell'attore, tranne che non si verta nell'ipotesi di eccezione di cattivo adempimento.

In tema di azione per l'adempimento del contratto, un filone giurisprudenziale proclama che **nei contratti a prestazioni corrispettive e ad esecuzione continuata, colui che agisce per l'adempimento deve non solo provare il contratto, ma anche dimostrare di aver eseguito la sua prestazione per tutto il tempo relativamente al quale il corrispettivo è domandato.**

Anche in questo settore si domanda se l'inadempimento rilevante sia solo quello colposo; la tendenza prevalente in dottrina dice che è rilevante anche quello incolpevole.

Secondo un'interpretazione corrente, non è consentito rifiutare l'adempimento per ritorsione contro un inadempimento non grave.

IL MUTAMENTO DELLE CONDIZIONI PATRIMONIALI DEL CONTRAENTE

La giurisprudenza ha equiparato alla SOPRAVVENUTA INSOLVIBILITÀ L'INSOLVIBILITÀ ORIGINARIA INCOGNITA ALLA CONTROPARTE. Dal rimedio della sopravvenuta insolvenza si passa così al rimedio dell'errore provocato o spontaneo.

Il mutamento delle condizioni economiche deve essere visto in modo obiettivo, esclusa ogni rilevanza della colpa.

LA RISOLUZIONE PER IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA

Liberazione dipendente dall'impossibilità regolata dagli articoli 1256 e 1258.

Figura dell'**impossibilità sopravvenuta prevedibile al momento della promessa**. Il nostro diritto applicato considera **contrattualmente vincolato e quindi inadempiente, chi promette una prestazione di cui colpevolmente ignora l'impossibilità; sarebbe incoerente se, nel medesimo ambito, non considerasse inadempiente chi promette una prestazione di cui colpevolmente non sa prevedere la futura impossibilità.**

L'**IMPOSSIBILITÀ** è liberatoria solo se **DEFINITIVA**. Solo il venir meno dell'interesse del creditore all'adempimento rende definitiva l'impossibilità che dal punto di vista naturalistico sia transeunte: l'**IMPOSSIBILITÀ TEMPORANEA**, finché perduri l'interesse del creditore è compatibile con l'obbligazione.

L'impossibilità totale della prestazione di una parte libera il debitore, **libera la controparte**. La liberazione opera in modo **retroattivo**.

La **risoluzione opera per volontà di legge**, senza bisogno di iniziativa della parte né di intervento del giudice. Ovviamente **anche la parte impossibilitata può invocarla**. La **risoluzione opera dal momento dell'impossibilità, se questa è anteriore alla scadenza**.

L'**impossibilità parziale** genera **due effetti, riduce la controprestazione e assegna al creditore della prestazione impossibile il diritto di recedere**. **Le norme in esame sono tutte derogabili**.

IMPOSSIBILITÀ SOPRAVVENUTA E CONTRATTI AD EFFICACIA REALE

1465 cc

L'ECCESSIVA ONEROSITÀ SOPRAVVENUTA

1467 – 1468

Questi articoli non sono isolati: 1664, 1897, 1898, 2058

Il legislatore, in presenza della **sopravvenuta eccessiva onerosità**, mette in moto, in modo alternativo, vari rimedi. Fra questi, la **risoluzione con l'alternativa della modifica è praticabile solo se il contratto comportava una prestazione e una controprestazione**. In caso di **contratto con obbligazioni di una sola parte**, **l'unico rimedio è la modifica**.

Nell'articolo 1467 prestazione vale sacrificio giuridico, in genere vicenda di rapporto giuridico sfavorevole. Nell'articolo 1468, obbligazione di una sola parte significa obbligazione non condizionata ad una perdita giuridica della controparte: la categoria coincide con quella menzionata nell'articolo 1333.

È lecito ritenere che la linea di demarcazione fra il campo di applicazione della risoluzione e il campo di applicazione della riduzione non coincida sempre con la linea di demarcazione fra contratto a prestazioni corrispettive e contratto con obbligazioni di una sola parte.

Si deve concludere che la lettera dell'articolo 1468 cc è mal formulata. **Anche la promessa con obbligazione di una sola parte potrebbe essere risolta senza inconvenienti, allorché la risoluzione prevenga ogni disturbo o sacrificio della controparte**.

Alle prestazioni corrispettive di cui all'articolo 1467 possono essere avvicinate le prestazioni, di cui una, dedotta in obbligazione, è condizionata all'altra dedotta in condizione.

Allorché il contratto con prestazioni corrispettive è stato interamente eseguito da una parte la situazione che troviamo in piedi è un'obbligazione isolata. Si suol dire che qui rileva la funzione originaria del contratto e che perciò i rimedi agibili sono quelli dell'articolo 1467. Questa soluzione ci pare inadatta. La risoluzione, nel caso esaminato, può operare solo a prezzo di scatenare obbligazioni restitutorie da ricevimento di indebitato o da arricchimento. Le difficoltà tecniche e pratiche non saranno minori di quelle che si incontrerebbero risolvendo i contratti di cui all'articolo 1468.

Articolo **1469 sottrae ai rimedi il contratto aleatorio.**

In primo luogo, **si potrebbe pensare che il giudice adito per la pronuncia di uno dei rimedi in esame deve esaminare il contratto e giudicare, dopo queste indagini, se il contratto dato sia o non sia per sua natura o per volontà delle parti, assoggettato alla disciplina degli articoli 1467 e 1468.**

Si potrebbe però anche pensare che il **giudice debba esaminare la natura dell'evento nocivo sopravvenuto posto dall'attore a base della sua domanda di risoluzione o di riduzione, per accertare se il contratto avesse accollato o meno al danneggiato il rischio di quel determinato evento.**

La seconda lettura dell'articolo 1469 sembra da preferire.

Campo dei **negozi strumentali** (contratti preliminari, opzioni, proposte irrevocabili). È stata affermato che la prestazione strumentale non ha in sé un proprio valore economico. Sì che mancherebbe un presupposto fondamentale per l'ingresso dei rimedi di cui agli articoli in esami. Lo squilibrio delle prestazioni sarebbe invece constatabile nella situazione definitiva. **Il legame che unisce la situazione definitiva a quella strumentale, comporterebbe la soggezione del contratto definitivo per sopravvenienze avvenute durante la situazione strumentale.** Le osservazioni ora riportate non convincono. **Il valore delle conseguenze dell'atto strumentale dipende dal valore delle conseguenze del definitivo. Ne segue chi ha contratto un preliminare, se ne può difendere se prima della conclusione del definitivo, la prestazione che il contratto definitivo è destinato a porre a suo carico è diventata troppo gravosa.**

Il contratto è soggetto al rimedio solo se almeno una delle prestazioni, perché periodica, perché continuata o perché differita, interviene dopo un intervallo di tempo dalla conclusione del contratto. Una prestazione contestuale non potrebbe comportare né un'onerosità sopravvenuta né un'onerosità imprevedibile. L'intervallo può essere previsto al momento del contratto e può parimenti essere concesso in seguito anche in via di tolleranza. Contemporaneità o meno nei vari tipi di contratto, come in quelli traslativi della proprietà oppure i contratti costitutivi di servitù o quelli

con cui si vende una merce tra tante generiche o se la vicenda traslativa è soggetta ad un termine, a una condizione.

Il nostro diritto applicato riserva i rimedi in esame al debitore che non sia inadempiente. Non può invocare l'eccessiva onerosità il debitore che vi abbia dato causa o abbia rinviato maliziosamente l'adempimento per speculare sulla sopravvenienza.

La **sopravvenuta onerosità eccessiva rileva in quanto dovuta ad un evento straordinario e imprevedibile. Il contraente ha l'onere di prevedere.** Forse l'imprevedibilità di un fatto significa solo che non v'era ragione di credere che il contraente, o meglio, il contratto normale abbia tenuto conto della sua eventualità. Il giudizio sulla prevedibilità dell'evento è un giudizio di fatto. **L'eccessiva onerosità può essere il prodotto di una mutazione della norma.**

L'**onerosità eccessiva va** riferita alla prestazione **considerata oggettivamente e non alla situazione soggettiva in cui si trova il debitore**; reciprocamente la comodità di prestare propria del debitore non preclude gli effetti dell'onerosità.

Me la lettera della legge, parlando di onerosità della prestazione, non abbraccia l'ipotesi dello svilimento della controprestazione. **L'interprete ha equiparato alla sopravvenuta onerosità della prestazione del debitore il sopravvenuto svilimento della controprestazione.** Hanno proceduto in questa direzione tanto la dottrina quanto la giurisprudenza.

Una giurisprudenza ricchissima ha chiarito che lo **svilimento deve essere misurato al momento del pagamento.**

La nozione di squilibrio viene invece abbandonata e la vittima dello svilimento viene lasciata senza difesa quando la vittima abbia già adempiuto la propria prestazione. Il contraente già liberato non può far valere la sopravvenienza.

L'onerosità non è rilevante quando rientri nell'alea normale del contratto. Alea regolata dalle parti, alea normale, evento straordinario ma prevedibile, sono le tre figure che saldandosi costituiscono l'area dei rischi accollati al debitore in ogni caso, perché così vuole la volontà contrattuale o perché così il contratto deve essere interpretato e integrato.

Verificatasi la sopravvenuta onerosità eccessiva, la risoluzione, la riduzione ad equità, la riduzione o la modificazione diventano possibili. Gli effetti diretti dell'onerosità sono però la **MERA RISOLUBILITÀ** e la **MERA MODIFICABILITÀ** del contratto. **Perché il contratto si risolva o si modifichi, occorrono ancora le dichiarazioni degli interessati.**

La lettera del codice dice che il potere di scelta affidato alla parte danneggiata dal nuovo evento deve essere esercitato in via processuale. Il giudice, a sua volta, può risolvere il contratto solo se precede la domanda della parte onerata.

La risoluzione può operare retroattivamente fino al momento della domanda. Più precisamente, *se il contratto doveva eseguirsi in un solo istante successivo a tale avvenimento, tutti gli effetti del contratto verranno eliminati o sottoposti a revisione, ma se il contratto doveva essere eseguito per prestazioni periodiche, le prestazioni anteriori alla domanda sono salvaguardate da qualsiasi rimozione.*

Proposta la domanda di risoluzione, **Il contraente contro cui la domanda è rivolta può offrire la riduzione del contratto ad equità.** Si insegna che **l'equità è ottenuta purché sia riparata quella parte della sproporzione fra valore originario e sopravvenuto che eccede l'alea contrattuale. La soluzione è diversa, pertanto, da quella che si accoglie in tema di contratto rescindibile.**

Il codice del 1942 ha previsto un'onerosità quantitativa. Non ha previsto alterazioni di tipo qualitativo: la prestazione diventa poco appetibile perché superata dalla nuova tecnologia, l'opera promessa diventa poco utile nel luogo dove la situa al progetto, perché il reticolato stradale è stato modificato e così via.

La dottrina, peraltro, interpreta il nostro codice.

I giuristi ritengono che il contratto in crisi imponga alle parti la rinegoziazione. Il dovere di negoziare null'altro è se non l'obbligo di contrarre. Detto meglio l'obbligo di essere disponibile a contrarre nelle condizioni che risultano giuste, alla stregua dei parametri risultanti dal testo originario del contratto rivisitati alla luce dei nuovi eventi imprevedibili e sopravvenuti.

Se le due parti sono disponibili, si incontrano e concludono. Se una delle due si nega, il giudice decide. I parametri di cui egli dispone garantiscono alle parti che il suo verdetto non avrà nulla di casuale o di soggettivo o di arbitrario. **Se le parti concludendo il contratto originale temono questo sviluppo, bloccheranno con apposita clausola la revisione del contratto nell'ipotesi di sopravvenienza.**

IL RECESSO

1372 – 1373

Il **mutuo consenso informale** può anche desumersi dal comportamento **delle parti** che cessino concordemente di dare ulteriore corso alle prestazioni reciproche.

Per quanto riguarda il **RECESSO UNILATERALE** la giurisprudenza ammette il **recesso anche in mancanza di clausola o di previsione legislativa per i contratti a**

tempo indeterminato. Ciò anche quando in contratti ad esecuzione continuata il **contraente fedele reagisce all'inadempimento dall'altra parte.** Così la Corte di Cassazione ha statuito che non implica inadempimento imputabile e non è fonte di obblighi risarcitori la dichiarazione di un contraente di voler recedere dal contratto, adducendo fatti imputabili alla controparte, se questi vengono giudizialmente accertati e ritenuti fondati.

Quanto statuito all'articolo 1373 è valido, salvo in ogni caso il patto contrario. **Le parti possono perciò atteggiare il patto di recesso nel modo più vario.** L'unico limite consiste nell'**impossibilità di attribuire al patto di recesso efficacia retroattiva reale.**

Non ci pare si possa limitare il recesso convenzionale ad alcune categorie di contratti e così, come pure talora si ritiene, ai soli contratti ad effetti obbligatori.

Quale sia il rapporto tra la figura generale del recesso convenzionale disciplinata dall'articolo 1373 e la disciplina del recesso nei singoli tipi contrattuali:

In alcuni tipi contrattuali, il recesso convenzionale può essere previsto soltanto a favore di uno dei contraenti, così per la locazione di immobili urbani. Per alcuni tipi contrattuali o gruppi di contratti, la disciplina legale prevede una normativa inderogabile per il recesso, così per il **contratto di lavoro subordinato, per i contratti negoziati fuori dai locali commerciali e per i contratti a distanza, per i contratti bancari e finanziari in caso di modifica unilaterale delle condizioni contrattuali,** eccetera.

La previsione di una **clausola di recesso convenzionale** può essere **imposta:** è quanto avviene per i contratti di somministrazione di energia elettrica.

Per converso la **clausola di recesso convenzionale può essere vietata**

Il recesso convenzionale, così come il recesso legale, può svolgere funzioni diverse. Una prima funzione è quella di **dare un termine a contratti di durata che ne siano privi (recesso determinativo).** Una seconda funzione è quella di **consentire alla parte di impugnare il contratto per la presenza di vizi originari o sopravvenuti (recesso come mezzo di impugnazione).** Una terza funzione è quella di consentire alla parte, nei contratti di durata perpetui o a lungo termine, di sciogliersi dal rapporto, venuto meno il suo interesse (**recesso come ius poenitendi**).

La **facoltà di recesso** prevista dal contratto **si esercita per mezzo di una DICHIARAZIONE.** Non è sufficiente un comportamento da cui risulti la volontà di non adempiere al contratto. **Questa dichiarazione è un negozio unilaterale ricettizio** che

deve rivestire la stessa forma prescritta per la conclusione del contratto oggetto di scioglimento.

Le **parti possono subordinare il patto di recesso a condizione** e possono prevedere un **termine per l'esercizio del recesso**. Tuttavia, **la previsione di un termine finale per l'esercizio del recesso di per sé non legittima il recesso quando sia iniziata l'esecuzione di un contratto che non sia di durata**. Quanto al **principio di esecuzione** di cui al comma uno dell'articolo 1373 esso **per precludere il recesso deve essere posto in essere dal recedente o da lui consentito e deve essere successivo alla conclusione del contratto e non contestuale**. **Non è perciò tale la dazione di un acconto sul prezzo**.

Per i **contratti ad esecuzione periodica** il recesso non ha effetto né per le prestazioni già eseguite, né per la prestazione in corso di esecuzione al momento del recesso. Mentre per i **contratti ad esecuzione continuata**, il recesso ha effetto dal momento in cui la dichiarazione del recedente giunge a conoscenza dall'altra parte.

Per quanto riguarda il **recesso parziale**, secondo l'autore non vi è ragione di assumere una posizione di totale chiusura. *Se il contratto è divisibile, si può ammettere che il diritto di recesso possa essere esercitato pro parte.*

Se è pattuita la **prestazione di un corrispettivo per il recesso**, questo ha effetto quando **la prestazione del corrispettivo è eseguita**. Così dispone, ma la norma è derogabile, il comma tre dell'articolo 1373.

Il **corrispettivo pattuito** può essere soltanto promesso: si parla in questo caso di **multa penitenziale**; ma può essere anche consegnato al momento della conclusione del contratto: si ha in questo caso la **CAPARRA PENITENZIALE** disciplinata dal 1386.

Può essere che il contratto preveda il diritto di recesso per una parte soltanto e allora sarà questa a versare la caparra: nel caso in cui receda, perderà la caparra.

Può essere invece che il contratto preveda il diritto di recesso per entrambe le parti. In questo caso la caparra sarà versata da una sola parte: se sarà questa a recedere perderà la caparra; se sarà invece la parte che ha ricevuto la caparra a recedere, il recesso avrà effetto soltanto quando essa avrà versato all'altra parte il doppio della caparra ricevuta.

Il versamento di una caparra penitenziaria non toglie che il recesso possa essere esercitato soltanto se il contratto non ha avuto un principio di esecuzione, secondo l'articolo 1373, comma uno.

Il recesso viene attribuito in termini generali in caso di versamento di una caparra confirmatoria ed inadempimento alla parte non inadempiente (1385 cc) e viene

attribuito ad una parte nell'ipotesi di impossibilità parziale della prestazione dell'altra (1464).

Recentemente si può osservare l'emersione di un recesso legale che ha referente più ampio del singolo tipo contrattuale. Si tratta dei casi di **ius poenitendi riconosciuto al consumatore in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali**: la facoltà di sottrarsi al vincolo è a tutela del contraente colto di sorpresa. Al di là della sorpresa, abbiamo ipotesi di **recesso** che potremmo dire **di protezione**: così il potere di recesso che il consumatore può esercitare in qualsiasi momento senza oneri e penalità, in tutti i contratti che rientrano nell'ampio genus del credito al consumo.

Un rapido sguardo alle discipline legali dei tipi contrattuali è sufficiente per rilevare che il legislatore prevede quasi sempre il recesso unilaterale: così per la somministrazione a tempo indeterminato, per la locazione a tempo indeterminato.

Per i contratti tipici la regola è dunque il recesso unilaterale e l'articolo 1372 comma uno, è sostanzialmente svuotato. Dalla previsione costante del recesso unilaterale nei contratti tipici a tempo indeterminato è dato dedurre un principio generale, è così anche per i contratti atipici a tempo indeterminato. **Le parti sono liberi di recedere unilateralmente, pur se nulla hanno previsto al riguardo.**

Una classificazione ormai consolidata contrappone il **RECESSO ORDINARIO**, che è causa estintiva normale del rapporto di durata a tempo indeterminato e risponde all'esigenza di evitare la perpetuità dei vincoli obbligatori al **RECESSO STRAORDINARIO**, che incide sui rapporti muniti di termine anticipandone la cessazione e risponde ad esigenze eccezionali attinenti alla patologia del rapporto.

Va segnalato una tendenza giurisprudenziale volta a controllare l'esercizio del diritto di recesso convenzionale o legale sotto il profilo dell'abuso del diritto.

Per la giurisprudenza la violazione del dovere di buona fede e correttezza nell'esercizio del potere di recesso costituisce un illecito che richiede, per la sua configurazione, la produzione di un danno: dunque, se danno in concreto non c'è, non vi è possibilità di tutela.

L'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto può costituire abuso di dipendenza economica.

LA CESSIONE DEL CONTRATTO

Atto di autonomia privata, con cui si realizza la **successione inter vivos a titolo particolare di un terzo nella posizione contrattuale di uno dei contraenti originali.**

Esulano dal tema le ipotesi di successione mortis causa, ma anche i casi in cui la successione ha la sua fonte diretta nella legge, come la successione dell'acquirente nei contratti relativi al bene acquistato: ne sono esempi la successione dell'acquirente del bene locato nel contratto di locazione.

Le ipotesi di successione ex lege hanno una disciplina propria e ad esse non è applicabile, se non per analogia, la disciplina della cessione del contratto.

La **cessione del contratto** ha per effetto la **trasmissione non soltanto dei debiti o dei crediti nascenti dal contratto con i relativi accessori, ma altresì di quel complesso di diritti potestativi, azioni, aspettative che sono connessi alla qualità di contraente:** si pensi ai poteri di annullamento, di rescissione, di risoluzione, di eccezione dilatoria.

Il contratto di base produrrà effetti non più fra il **cedente** e il contraente **ceduto**, ma fra il **cessionario** e il contraente ceduto. Con la cessione, **il contratto nel suo contenuto oggettivo resta immutato**, tanto che **l'interpretazione dei contraenti originali vincola anche il cessionario né le parti della cessione possono modificare il contratto oggetto di cessione;** in particolare **non può darsi cessione parziale del contratto.**

In tal senso è la giurisprudenza, **ma merita considerazione la tesi che ammette modifiche al contenuto del rapporto compatibili con l'intento delle parti di tenere fermo per il resto il contratto originario e merita consenso l'affermazione secondo cui è possibile la cessione parziale del contratto, ferma restando la titolarità del cedente per la quota non trasferita.**

La **cessione** può essere **a titolo oneroso** o **a titolo gratuito**. Un **prezzo di cessione** potrà essere corrisposto **al cedente dal cessionario** e un corrispettivo **potrà essere preteso dal contraente ceduto per acconsentire alla cessione.**

Il legislatore precisa che può cedersi un contratto che sia a **prestazioni corrispettive**, che queste **non devono essere ancora eseguite** e che **è necessario il consenso del contraente ceduto.**

Se ne deve dedurre che non è ammissibile la cessione che non abbia tali caratteristiche o invece si deve ritenere che il legislatore ha disciplinato un'ipotesi tipica quale nella prassi, ma **non ha inteso con ciò precludere cessioni atipiche?** La seconda interpretazione appare più convincente.

Occorre ricordare che **non tutti i contratti possono essere ceduti.**

Così, per i **contratti** sempre più numerosi, **la cui conclusione è consentita soltanto a soggetti che abbiano speciali requisiti indicati dalla legge:** logica vuole che la cessione

sia consentita limitatamente a quell'ambito di soggetti speciali. È il caso, ad esempio, dei **contratti relativi a fondi rustici**, del **mutuo di scopo**, del **contratto di lavoro sportivo** (per cessione di contratto da una società sportiva ad un'altra ci vuole il consenso dell'altra parte e devono essere osservate le modalità fissate dalle federazioni sportive nazionali): **in queste ipotesi non è di regola possibile ammettere la cessione confidando nella valutazione del contraente ceduto perché sono in gioco interessi di ordine generale**. Conferma si trae proprio dalla **cessione operata dall'assegnatario di alloggio economico e popolare**, che è sì consentita ma lo è perché è subordinata al consenso dell'Istituto, il quale valuta l'esistenza dei requisiti di legge nell'aspirante cessionario.

All'autore non sembra invece convincente l'affermazione secondo cui sarebbero intrinsecamente incedibili i contratti stipulati intuito personae. Ad esempio, il contratto d'opera che ha ad oggetto un facere infungibile; ciò perché, dato che la cessione richiede il consenso del contraente ceduto, sarà questi a valutare se le qualità personali che l'avevano indotto alla conclusione del contratto originario con il cedente sono presenti anche nel cessionario.

In alcuni casi il legislatore sembra vietare espressamente la cessione del contratto: così per la locazione. Ma il divieto è solo apparente perché ciò che è vietato è cedere il contratto senza il consenso del contraente ceduto e dunque i principi generali in tema di cessione non sono derogati.

L'articolo **1406** dispone che una parte può sostituire a sé un terzo, purché l'altra parte vi consenta.

Non si tratta tuttavia di una necessità logica e quindi indeclinabile. Il legislatore può consentire la cessione anche senza il consenso del contraente ceduto.

Al di fuori di questi casi, **il consenso del contraente ceduto è certamente necessario nell'ipotesi che il legislatore considera normale, e cioè nel caso di cessione con liberazione del cedente, ma è necessario anche nella cessione non liberatoria, perché anche qui si ha pur sempre una sostituzione del debitore.**

Si discute se il consenso del contraente ceduto sia un elemento costitutivo della cessione o, invece la condicio juris dell'efficacia nei suoi confronti dell'accordo intervenuto tra cedente e cessionario. In altre parole, se la cessione del contratto abbia una struttura trilaterale o invece bilaterale. La tesi prevalente è la prima.

Ci si deve chiedere quali siano gli effetti di un accordo fra cedente e cessionario in mancanza di tale consenso.

La giurisprudenza deduce la conseguenza che in mancanza di tale consenso la cessione non è operativa neppure tra cedente e cessionario.

La dottrina in genere è meno drastica e ritiene che in tal caso l'accordo fra il cedente e il cessionario produca effetti minori rispetto alla cessione del contratto, e cioè la cessione dei crediti e l'accollo dei debiti.

Chi esclude che l'accordo fra cedente e cessionario, in mancanza del consenso del contraente ceduto, sia idonea a produrre effetti negoziali, afferma tuttavia che *le parti, pur non essendo obbligate ad attivarsi per ottenere tale consenso, si rendono responsabili ex articolo 1337 qualora ne ostacolino la manifestazione*

Il **consenso può anche essere tacito**, ma non potrà essere tacito nei casi in cui la cessione deve essere formale.

Il **consenso** del contraente ceduto può essere, oltre che **contestuale e successivo**, anche **preventivo**. Per esempio, nel **contratto di affidamento fiduciario**.

Nel caso di consenso preventivo, l'efficacia della cessione è determinata dalla notificazione della sostituzione al contraente ceduto, ovvero dalla di lui accettazione della sostituzione medesima.

La notificazione può avvenire senza formalità speciali, non occorre cioè la notificazione per atto legale, così come essa non occorre per la cessione dei crediti.

La notificazione deve però precedere l'esecuzione da parte del cessionario.

Il contraente ceduto può non solo manifestare il proprio consenso in via preventiva, ma può anche rinunciare ad avere comunicazione dell'avvenuta cessione. È il caso in cui tutti gli elementi del contratto risultino da un documento nel quale è inserita la clausola all'ordine o altra equivalente. L'efficacia della cessione è prodotta dalla girata del documento.

Nel disciplinare la cessione del contratto, **il legislatore considera ipotesi normale quella in cui la cessione consente al cedente di uscire del tutto dal contratto** e cioè, nei confronti del ceduto, di liberarsi dalla sua obbligazione e di non vedersi opporre eccezioni fondate su altri rapporti che intercorrono con lui, e, nei confronti del cessionario, di non assumere alcuna garanzia dell'adempimento del contraente ceduto.

Questi sono infatti i naturalia della cessione: il cedente è liberato dalle sue obbligazioni verso il contraente ceduto (1408). **Il contraente ceduto può opporre a cessionario le eccezioni derivanti dal contratto, ma non quelle fondate su altri rapporti col cedente** (1409). **Il cedente è tenuto soltanto a garantire al cessionario la validità del contratto** (1410).

Sono possibili **cessioni con effetti minori**

IL CONTRAENTE CEDUTO PUÒ DICHIARARE DI NON LIBERARE IL CEDENTE. In tal caso egli può agire contro quest'ultimo qualora il cessionario non adempia le obbligazioni assunte. Perché lo possa fare, è sufficiente che la richiesta di adempimento rimanga insoddisfatta. Non è necessaria l'escussione del cessionario. Il contraente ceduto deve però dare notizia al cedente dell'inadempimento del cessionario, pena il risarcimento del danno.

In seguito alla cessione, il contraente ceduto si trova così ad avere due debitori, non due debitori in solido, ma un debitore in via principale (cessionario) e un debitore in via sussidiaria (cedente).

Così pure il contraente ceduto, nel consentire alla cessione, può riservarsi la facoltà di opporre al cessionario anche le eccezioni fondate sui rapporti con il cedente diversi dal contratto di base, ad esempio l'eccezione di compensazione.

Per parte sua, **il cedente potrà assumere nei confronti del cessionario la garanzia dell'adempimento del contratto: in tal caso egli risponderà come un fideiussore per le obbligazioni del contraente ceduto.**

Sono possibili ulteriori alterazioni rispetto allo schema legale, anche se il legislatore non le prevede espressamente: così **può essere esclusa anche la garanzia del cedente relativa alla validità del contratto** e può essere previsto che il cessionario faccia valere nei confronti del contraente ceduto pretese che hanno fondamento non nel contratto ma in altri rapporti con il cedente

Il legislatore non dice nulla sulla forma della cessione.

Si deve ritenere che la cessione di un contratto formale deve essere essa pure formale.

Si è affermato che la violenza inficia la cessione anche quando sia esercitata contro una sola delle parti, mentre l'errore o il dolo sono rilevanti solo quando sono noti o riconoscibili da entrambe le parti.

Quanto alla risoluzione, si è escluso che essa possa operare, in base al rilievo che dalla cessione del contratto non sorgono, se non in via eventuale, obbligazioni per le parti.

La presenza in giudizio del cedente, del cessionario e del contraente ceduto è necessaria quando il giudizio ha per oggetto l'accertamento dell'avvenuta conclusione della validità e degli effetti della cessione del contratto. La presenza in giudizio del cedente non è invece necessaria quando il giudizio ha per oggetto esclusivamente le vicende del contratto ceduto.

IL SUBCONTRATTO

Nel subcontratto, il rapporto tra gli originari contraenti continua e solamente si costituisce in capo ad un terzo una situazione derivata da quella di un contraente, sicché può parlarsi di un acquisto derivativo costitutivo del terzo.

La distinzione rimane ferma anche se si ammette la cessione parziale del contratto, perché se dal punto di vista oggettivo le due figure si avvicinano, rimane pur sempre l'elemento distintivo dell'esistenza o meno di un rapporto diretto tra le parti del contratto originario e del nuovo contratto.

Sul piano della disciplina tutto si riduce alla presenza di un'ipotesi di collegamento contrattuale.

Nella parte speciale sui singoli contratti troviamo divieti di subcontrarre, troviamo casi in cui il subcontratto è consentito solo con il consenso del contraente. L'azione diretta tra i contraenti estremi non consegue come naturale negozi dall'essere un contratto ed un subcontratto, sicché sul piano della disciplina tutto si riduce alla presenza di un'ipotesi di collegamento contrattuale. Troviamo casi in cui subcontratto è consentito senza limiti.